ZUM EINFLUSS DER VORSCHRIFTEN ÜBER DAS HANDELSGESCHÄFT IM VIERTEN BUCH DES ALLGEMEINEN DEUTSCHEN HANDELSGESETZBUCHS VON 1861 AUF DAS BGB

INAUGURAL – DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
HANS-JOACHIM HAUSER
aus Tuttlingen

1985

ZUM EINFLUSS DER VORSCHRIFTEN ÜBER DAS HANDELSGESCHÄFT IM VIERTEN BUCH DES ALLGEMEINEN DEUTSCHEN HANDELSGESETZBUCHS VON 1861 AUF DAS BGB

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
HANS-JOACHIM HAUSER
aus Tuttlingen

1985

Druckerei Behr, Stuttgart

Dekan : Prof. Dr. Günter Püttner

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Knut Wolfgang Nörr
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Robert Scheyhing

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1985

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546514_0014

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
Quellenverzeichnis	XIV
Einleitung	1
Der konkrete Einfluß	5
I. Im Allgemeinen Teil des BGB	5
1. Das Prinzip der Formfreiheit, § 125 Abs. 1 Satz 1[1)]	5
2. Zustandekommen von Verträgen	7
a) Die Verbindlichkeit des Antrags, § 145	7
b) Aber: Sofortige Annahme des Anwesenden ist erforderlich, § 147 Abs. 1	9
c) Aber: Keine unbegrenzte Bindung des Antrags an den Abwesenden, § 147 Abs. 2	9
d) Verspätete Annahme, § 149	11
e) Die Annahme mit Zusätzen ist ein neuer Antrag, § 15o Abs. 2	12
f) Der Tod ist kein Erlöschensgrund für die rechtsgeschäftliche Initiative, §§ 13o Abs. 2, 153, 672 Satz 1, 791	13
3. Stellvertretung	15
a) Das Prinzip der direkten Stellvertretung, § 164 Abs. 1 Satz 1	15
(1) Die Entwicklung bis zum ADHGB	15
(2) Dessen Beratung und Regelung im ADHGB	16
(3) Die Rezeption ins BGB	19
b) Das Merkmal der Offenkundigkeit, § 164 Abs. 1 Satz 2	19
c) Differenzierung zwischen Auftrag und Vollmacht bzw. gesetzlicher Vertretungsmacht, §§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1	21
d) Falsus procurator, § 179 Abs. 1	23

1) Die Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich stets auf das BGB.

Seite

4. Auslegung 24

a) Einer Willenserklärung, § 133 24

b) Von Verträgen, § 157 27

5. Fristen 29

a) Zivilkomputation, §§ 187, 188 Abs. 1 und 2 29

b) Rechnung von Datum zu Datum, § 188 Abs. 2 und 3 3o

c) "Halber Monat" und Fristverlängerung, §§ 189, 19o 3o

d) Verlängerung bei Sonn- und Feiertagen, § 193 31

II. Im allgemeinen Schuldrecht 33

1. "Mittlere Art und Güte", § 243 Abs. 1 33

2. Leistungszeit, § 271 Abs. 1 33

3. Kein Abzug des Zwischenzinses, § 272 34

4. Der allgemeine Leistungsort, § 269 Abs. 1 und 2 35

5. Der besondere Leistungsort der Geldschuld, § 27o Abs. 1, 2 und 4 37

6. Recht der Leistungsstörungen 39

a) Die Möglichkeit, zwischen Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu wählen, §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 325 Abs. 1 Satz 1 39

b) Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, § 326 Abs. 1 Satz 1 43

c) Ihre Entbehrlichkeit beim eigentlichen Fixgeschäft, § 361 45

7. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, § 276 Abs. 1 Satz 2 49

8. Die Zurechnung des Fremdverschuldens, § 278, ist keine Regelungsvorlage des ADHGB 51

9. Schutz des gesamten Interesses einschließlich des entgangenen Gewinns, §§ 249 Satz 1, 252 55

1o. Vertragsstrafe 56

a) Das Wahlrecht des Gläubigers, § 34o Abs. 1 Satz 1 56

b) Die Höhe der Vertragsstrafe begrenzt den Umfang des Schadens nicht, § 34o Abs. 2 Satz 2 57

Seite

11. Draufgabe 58

a) Ihre Anrechnungs- bzw. Rückgabepflicht, § 337 Abs. 1 58

b) Sie ist kein Reugeld, § 336 Abs. 2 59

12. Quittung 6o

a) Quittierungspflicht des Gläubigers, § 368 6o

b) Die Quittung ist eine schriftliche Vollmacht, § 37o 6o

13. Die Vermutung für die Gesamtschuld, §§ 427, 421 61

III. Im besonderen Schuldrecht 63

1. Gefahrtragung 63

a) Beim Versendungskauf, § 447 Abs. 1 63

b) In diesem Kontext: Die Übernahme der Transportkosten indiziert nicht gleichzeitig die Gefahrübernahme, § 269 Abs. 3 66

c) Anspruch auf Schadensersatz bei einer ungerechtfertigten Abweichung, § 447 Abs. 2 66

2. Nebenkostenverteilung beim Kauf, § 448 Abs. 1 67

3. Auslegungsregel für den Marktpreis, § 453 67

4. Verjährung 68

a) Kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche, § 477 Abs. 1 Satz 1 68

b) Aber: Erhaltung der Mängeleinrede, § 478 Abs. 1 Satz 1 7o

c) Aber: Verjährungsverlängerung ist möglich, § 477 Abs. 1 Satz 2 71

d) Aber: Keine kurze Verjährung bei Arglist, §§ 477 Abs. 1 Satz 1, 478 Abs. 2 72

5. Besondere Arten des Kaufs 73

a) Kauf auf Probe oder auf Besicht, §§ 495 Abs. 1, 496 73

b) Kauf nach Probe oder Muster, § 494 75

6. Anweisung 75

a) Das Anweisungsakzept, §§ 784 Abs. 1 Satz 1, 787 Abs. 2 75

b) Beschränkung der Einwendungen, §§ 784 Abs. 1 2. Halbsatz, 792 Abs. 3 Satz 1 77

c) Aushändigung der Anweisung, § 785 78

Seite

7. Kondiktion des Schuldanerkenntnisses, § 812 Abs. 2 78

IV. Im Sachenrecht 8o

Redlicher Erwerb an Fahrnis

a) Der grundsätzliche Schutz des redlichen Erwerbers, §§ 929 Satz 1, 932 Abs. 1 Satz 1 8o

b) Dingliche Rechte erlöschen ebenfalls, § 936 Abs. 1 Satz 1 84

c) Der redliche Erwerb ist aber an abhandengekommenen Sachen ausgeschlossen, § 935 Abs. 1 Satz 1 84

d) Bei Inhaberpapieren bleibt es ohne Ausnahme beim redlichen Erwerb, § 935 Abs. 2 85

Schlußbetrachtung 86

I. Der zu differenzierende Einfluß des Vierten Buchs 86

II. Das System der Regelungsvorlagen aus dem Vierten Buch 89

III. Das in den Vorlagen sich ausdrückende Wirtschafts- und Sozialmodell 9o

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

BÄHR, Otto : Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Kassel 1855.

BÄHR, Ursula : Die berufsständischen Sonderinteressen und das BGB, Diss. Heidelberg 1972.

BAUER, Huberta : Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB, Diss. Erlangen 1963.

BECKER, Hans : Entwicklung und Voraussetzungen des Rücktrittsrecht aus § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Leipzig 19o4.

BENÖHR, Hans-Peter : Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1977, S. 187 ff.

BERGFELD, Christoph : Die Bedeutung des Code de commerce für die Rechtsvereinheitlichung in Deutschland, in: Ius commune Sonderheft Bd. 15, S. 1o9 ff. Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. 1981.

- Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg von 1839, in: Ius commune Bd. 7, S. 226 ff., Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. 1978.

BLASIUS, Dirk : Bürgerliches Recht und bürgerliche Identität, in: Festschrift für Theodor Schieder, S. 213 ff., München und Wien 1978.

BÖHM, Franz : Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart und Berlin 1937.

BRANDT, Dietmar : Die politischen Parteien und die Vorlage des Bürgerlichen Gesetzbuches im Reichstag, Diss. Heidelberg 1975.

BUCHER, Eugen : Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, S. 39 ff. Zürich 1971.

BUCHKA, Hermann : Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen historisch und dogmatisch dargestellt, Rostock und Schwerin 1852.

CAEMMERER, Ernst von : Zahlungsort, in: Festschrift für Frederick Alexander Mann, S. 3 ff. München 1977.

COING, Helmut : Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte, in: Festschrift für Franz Böhm, S. 1o1 ff. Tübingen 1975

DAHM, Georg : Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963.

DAHN, Felix : Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875.

DERNBURG, Heinrich : Über Savignys Lehre von der Stellvertretung, in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1855 Bd. 2, S. 394 ff.

DEUTSCH, Erwin : Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln usw. 1963.

DÖLLE, Hans : Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 2, S. 19 ff., Karlsruhe 196o.

DUBISCHAR, Roland : in: Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Neuwied und Darmstadt 1979.

EBERHARD, Theophil : Zur Lehre vom Erfüllungsort, Diss. Greifswald 1916.

EICHLER, Hermann : Die Einheit des Privatrechts, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 1964 Bd. 126, S. 181 ff.

ENDEMANN, Wilhelm : Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs in seinen ersten drei Büchern, Erlangen 1858.

ENGELMANN, Artur : Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts historisch und dogmatisch dargestellt, 2. Aufl., Berlin 19oo.

ENGISCH, Karl : Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl., Heidelberg 1965.

EVERDING, Karl-Friedrich : Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert, (ungedruckte) Diss. Münster 1951.

FISCHER, Max : Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 1952.

GETZ, Heinrich : Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem, Bonn 1966.

GIERKE, Otto von : Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, Leipzig 1889.

GOLDSCHMIDT, Levin : Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1865 Bd. 8, S. 226 ff.

- Die Notwendigkeit eines deutschen Zivilgesetzbuches, Leipzig 1872.

- Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1871 Bd. 16, S. 287 ff.

GRIMM, Dieter : Die Entwicklung des Enteignungsrechts unter dem Einfluß der Industrialisierung, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert Bd. 4, S. 121 ff., hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt a.M. 1979.

HACHENBURG, Max : Gutachten über den zweiten Abschnitt des Rechtes der Schuldverhältnisse, in: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1888, H. 2, S. 11o ff.

HAHN, Friedrich von : Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., Braunschweig 1879.

HAMMEN, Horst : Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1983.

HATTENHAUER, Hans : Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, München 1982.

HECK, Philipp : Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

HEDEMANN, Justus Wilhelm : Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, 1. Teil: Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 191o.

HEYMANN, Ernst : Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht, Berlin 1932.

- Das Friderizianische Handelsrecht, Berlin 1929.

HOFFMANN, Hans-Joachim : Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968.

HOFFMANN - BURCHARDI, Hanfried : Die geschichtlichen Grundlagen der Vorschriften des BGB über Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen (§§ 323-327), Diss. Münster 1974.

HÜBNER, Heinz : Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955.

ISELE, Hellmut Georg : Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, in: Archiv für die civilistische Praxis, 1949 Bd. 15o, S. 1 ff.

JAKOBS, Horst Heinrich : Wissenschaft und Gesetzgebung im Bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Paderborn usw. 1983.

JHERING, Rudolf von : Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1857 Bd. 1, S. 273 ff. und 1858 Bd. 2, S. 67 ff.

JÜNGER, Friedrich Georg : Die Perfektion der Technik, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1968.

KÄSTNER, Karl-Hermann : Anton Menger (1841-19o6), Leben und Werk, Tübingen 1974.

KAISER, Andreas : Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, insbesondere in den Auseinandersetzungen über den Arbeitsvertrag, Diss. Berlin 1973.

KASER, Max : Das römische Recht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München 1971.

KIEFNER, Hans : Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert Bd. 2, S. 74 ff., hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt a.M. 1977.

KLINGMÜLLER, Fritz : Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des BGB für das Deutsche Reich, Jena 19o3.

LABAND, Paul : Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches, in: Archiv für die civilistische Praxis, 1888 Bd. 73, S. 161 ff.

- Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1866 Bd. 1o, S. 183 ff.

LANGE, Heinrich : Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.

LEHMANN, Gustav : Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkungen bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf eines BGB für das deutsche Reich, Dresden 1891.

LEIST, Alexander : Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert, Tübingen 1911.

LESER, Hans G. : Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975.

LIPP, Martin : Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, Berlin 198o.

LUX, Karl : Die Entwicklung des Gutglaubensschutzes im 19. und 2o. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts, Stuttgart 1939.

MAYER, Fritz : Die Lehre von den Zeitbestimmungen, Bedingungen und Befristungen und der Anspruchsverjährung nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1889, H. 11, S. 933 ff.

MENGER, Anton : Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 189o.

MITTEIS, Heinrich und LIEBERICH, Heinz : Deutsches Privatrecht, 9. Aufl., München 1981.

MÜLLER, Ulrich : Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Stuttgart usw. 1969.

MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram : Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, 1977 Bd. 2, S. 144 ff.

- Zur "Selbständigkeit" des Handelsrechts, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, S. 583 ff., Tübingen 1978.

- Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.

NIPPERDEY, Thomas : Deutsche Geschichte 18oo-1866, München 1983.

NUSSBAUM, Arthur : Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, Tübingen 1925.

OERTMANN, Paul : Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Frankfurt a.M. 19oo.

OGOREK, Regina : Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Köln und Wien 1975.

OTTO, (ohne Vornamen) : Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Leipzig 19o1, S. 2o9 ff.

PISKO, Oskar : Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechtes, Wien 1935.

POHL, Hans : Die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft (183o-188o), in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert Bd. 2, S. 1 ff., hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt a.M. 1977.

- Zur Entwicklung der Formen der Betriebs- und Unternehmensorganisation, insbesondere der Großorganisation im Verhältnis zum persönlich geführten Geschäft, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert Bd. 6, S. 93 ff., hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt a.M. 1982.

RABEL, Ernst : Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, Berlin und Leipzig 1936.

- Das Recht des Warenkaufs, Bd. 2, Berlin und Tübingen 1958.

RAISCH, Peter : Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1962.

- Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, in: Juristische Schulung 1967, S. 533 ff

- Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965.

RICHTER, Walter : Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte des deutschen bürgerlichen Rechts, Diss. Münster 1939.

RIESSER, J. : Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Stuttgart 1894.

SAVIGNY, Carl Friedrich von : Das Obligationenrecht, Bd. 2, Berlin 1853.

- System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 184o.

SCHERNER, Karl Otto : Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung , Wiesbaden 1965.

SCHEUERMANN, Reimund : Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861, Berlin und New York 1972.

SCHLIEMANN, Adolph : Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Schwerin 1858.

SCHMIDT, Karsten : Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts, Berlin und New York 1983.

SCHUBERT, Werner : Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübergang, Berlin 1966.

SEUFFERT, Lothar : Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin 1889.

SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand : Das Practische Gemeine Zivilrecht, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1868.

SOMBART, Werner : Der moderne Kapitalismus, Bd. 2, 2. Aufl., München und Leipzig 1917.

STAMMLER, Rudolf : Vertrag und Vertragsfreiheit, Jena 1911.

STAUDINGER/HONSELL, Heinrich (Bearbeiter) : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl., Berlin 1978.

STEINDL, Harald : Überlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung, in: Ius commune Sonderheft Bd. 15, S. 76 ff.
Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. 1981.

THÖL, Heinrich : Das Handelsrecht, 5. Aufl., Bd. 2., Leipzig 1875.

TUHR, Andreas von : Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig 1914.

WAHL, Eduard : Der Handelsverkehr als Schrittmacher des Zivilrechts, besonders bei der Einschränkung des Vertragsprinzips, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, S. 1 ff., München 1976.

WESENBERG, Gerhard und WESENER, Gunter : Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 3. Aufl., Lahr 1976.

WIEACKER, Franz : Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt 1974.

- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967.

WILD, Peter : Zum Einfluß des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs auf die Privatrechtsdogmatik, Diss. Saarbrücken 1966.

WILHELM, Walter : Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert Bd. 4, S. 19 ff., hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt a.M. 1979.

WINDSCHEID, Bernhard : Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 und 2, 3. Aufl., Düsseldorf 1873.

ZILLICH, Jobst : Der Anwendungsbereich des § 477 BGB, Diss. Bielefeld 1976.

ZITELMANN, Ernst : Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Teil 1, Berlin 1889.

Q U E L L E N V E R Z E I C H N I S

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Wien 1811.
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894 (RGBl. S. 45o).
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Würzburg 1861.
ADHGB-Protokolle	Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, im Auftrag der Kommission hrsg. von J. Lutz, Teil 1-3, Beilagenband, Würzburg 1858, Teil 9, Würzburg 1861.
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1.6.1794, Berlin 1794, zuletzt hrsg. von Günther Bernert und Hans Hattenhauer, Frankfurt a.M. und Berlin 197o.
AWO	Allgemeine Deutsche Wechselordnung nebst Einführungsgesetz für das Großherzogthum Baden, Leipzig 1849.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195).
Bericht des Ausschusses für Justizwesen	Bericht des Ausschusses für Justizwesen vom 9.6.1874, abgedruckt bei Jakobs/Schubert, Materialien, S. 186 ff.
Code civil	Code civil des Français, Paris 18o4.
Code de commerce	Code de Commerce, Paris 18o9.
Codex Maximilianeus bavaricus civilis	Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, oder: Neu verbessert und ergänzt Chur-Bayerisches Land-Recht, München 1756.
D.	Digesten Justinians, Codex Justinianus, editio stereotypa, Bd. 1, hrsg. von Theodor Mommsen und Paul Krüger, Berlin 1928.
Denkschrift HGB	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes, Berlin 1897.

Dresdner Entwurf	Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1866.
Entscheidung des AG Celle	Entscheidung des Amtsgerichts Celle vom 1.7.1879, in: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 188o, Bd. 35, S. 19 ff
Entwurf des Reichs-justizamtes	Entwurf der Vorkommission des Reichs-justizamtes für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, ediert ist der Entwurf betreffend das Schuldrecht bei Jakobs/Schubert (zu den einzelnen Paragraphen).
Erster Entwurf	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung, ausgearbeitet durch die vom Bundesrat berufene Kommission, Berlin und Leipzig 1888.
Frankfurter ADHGB-Entwurf	Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetz-buches für Deutschland (1848/49), Text und Materialien, hrsg. und mit einer Einführung versehen von Theodor Baums, Heidelberg 1982.
Gebhard, Vorlage und Begründung	Die Vorlage des Redaktors Albert Gebhard (nebst) Begründung für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Entwurf des Allgemeinen Teils, Berlin (1881-1887), als photomechanischer Nachdruck hrsg. von Werner Schubert, Teil 2, Berlin und New York 1981.
Gutachten der Vorkommission	Gutachten der Vorkommission vom 15.4.1874, abgedruckt bei Jakobs/Schubert, Materialien, S. 17o ff.
HGB	Handelsgesetzbuch vom 1o.5.1897, (RGBl. S. 219).
Jakobs/Schubert	Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin und New York 1978. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1, §§ 241-432, Berlin und New York 1978. Bd. 2, §§ 433-651, Berlin und New York 198o. Bd. 3, §§ 652-853, Berlin und New York 1983.

Johow, Vorlage und Begründung	Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Vorlage des Redaktors R(einhold) Johow, nebst Begründung Bd. 1, Berlin 188o.
Kommissionsentwurf	Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches auf der Grundlage der von der Conferenz in erster Lesung gefaßten Beschlüsse, abgedruckt im Beilageband zu den ADHGB-Protokollen, S. 141 ff.
Kübel, Vorlage Nr. und Begründung, Teil 1, 2 oder 3	Die Vorlage des Redaktors Franz Philipp (Friedrich) von Kübel (nebst) Begründung für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1882, als photomechanischer Nachdruck hrsg. von Werner Schubert, Teil 1, 2 und 3, Berlin und New York 198o.
Ministerieller Entwurf	Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes, ministerieller Entwurf, abgedruckt im Beilageband zu den ADHGB-Protokollen, S. 1o7 ff.
Motive I	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig 1888.
Mugdan I-IV Motive, Protokolle, Denkschrift und Kommissionsbericht	Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Bd. 1-4, Berlin 1899.
OR-Protokolle	Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, Bd. 1 und 6, Dresden 1863 und 1866.
Preußischer HGB-Entwurf	Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857.
Protokolle	(Protokolle der ersten) Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 4, Berlin 1884.
Protokolle der Deutschen Bundesversammlung	Protokolle der Deutschen Bundesversammlung vom Jahre 1861, in: Corpus Juris Confoederationis Germanicae oder Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes, hrsg. von Philipp Anton Guido von Meyer, ergänzt und fortgeführt von Heinrich Zoepfl, Bd. 3, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1869.

Revidierter Entwurf	Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes, revidierter Entwurf, abgedruckt im Beilageband zu den ADHGB-Protokollen, S. 69 ff.
Sächsisches BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2.1.1863, Leipzig 1865.
Salomon	Die Deutschen Parteiprogramme, Bd. 2, hrsg. von Felix Salomon, Leipzig und Berlin 19o7.
Schweizerisches OR	Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinen Erläuterungen, hrsg. von Albert Schneider und Heinrich Fick, Zürich 1881.
StPO	Strafprozeßordnung vom 1.2.1877 (RGBl. S. 253).
Treue	Deutsche Parteiprogramme seit 1861, 4. Aufl. hrsg. von Wolfgang Treue, Göttingen 1968.
Verhandlungen	Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, hrsg. von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Bd. 2, Berlin 1881.
Verhandlungen des Reichstages	Verhandlungen des Reichstages, Stenographische Berichte, Bd. 4, 11o. Sitzung, Berlin 1896.
"Vorschläge" Goldschmidts	"Vorschläge" von (Levin) Goldschmidt vom 28.3.1874 für die von der Vorkommission zu fassenden Beschlüsse, abgedruckt bei Jakobs/Schubert, Materialien, S. 165 ff.
Württembergischer HGB-Entwurf	Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg, von Carl von Hofacker, Teil 1, Entwurf, Stuttgart 1839. Teil 2, Motive, Stuttgart 184o.
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 3o.1.1877 (RGBl. S. 83).
Zweiter Entwurf	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 2. Lesung, Berlin 1895.

Zürcher PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen hrsg. von (Johann Caspar) Bluntschli, Bd. 3, Forderungen und Schulden, Zürich 1855.
Zugabeverordnung	Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft Erster Teil: Zugabewesen (Zugabeverordnung) vom 9.3.1932 (RGBl. I S. 121).
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen	Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. 2, Äußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse, 189o, Nachdruck Osnabrück 1967.
Zusammenstellung, Erinnerung Nr.	Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Zusammenstellung der Erinnerungen, welche von den Hohen Regierungen gegen den Entwurf der vier ersten Bücher des Handelsgesetzbuches (zweiter Lesung) erhoben worden sind, abgedruckt auch am Ende der ADHGB-Protokolle, Bd. 9 Würzburg 1861.

EINLEITUNG

Unser Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist für die fachwissenschaftliche Tradition eine Frucht der Pandektenwissenschaft[1]. Gleichzeitig unterlag es aber auch maßgeblichen Einflüssen aus dem Bereich der Wirtschaft, die meist verborgen in die Beratungen einsickerten. Die expansive und extensive Unternehmergesellschaft des Früh- und Hochkapitalismus hatte sich fast vierzig Jahre vor Inkrafttreten des BGB eine Art "Ersatz-BGB" auf schuldrechtlichem Gebiet geschaffen, um im rechtlich zersplitterten deutschsprachigen Raum ihrem Bedürfnis nach strikter Kalkulierbarkeit des Rechts Rechnung zu tragen; zu unüberwindlich waren im Deutschen Bund noch die partikularen Gegensätze, die einem einheitlichen Zivilgesetzbuch im Wege standen[2].

Im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch vom 24.6.1861 (ADHGB), das nahezu in allen deutschen Staaten ratifiziert wurde[3], gelang es erstmals zivilrechtliche Normen anzusiedeln, die versuchten, den Mißstand der Rechtszersplitterung zu mildern. Sie traten nicht allein für den Handelsstand in kraft, sondern wirkten sich über das Vierte Buch, das das Rechtsgeschäft des Kaufmanns nach objektiven Gesichtspunkten qualifizierte, durch die Einbeziehung des einseitigen Handelsgeschäfts auch auf Nichtkaufleute aus[4]. Das bedeutet: Für die meisten Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens galt Handelsrecht[5]. Als ein gelungenes Produkt der Rechtsvergleichung[6]

---

1) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 43o ff., 472 ff.
2) Die föderalistischen Hindernisse beschreibt treffend Goldschmidt, Notwendigkeit, S. 4 ff.; vgl. ferner Getz.
3) Mit Ausnahme Luxemburgs und Limburgs wurde das ADHGB von allen deutschen Bundesstaaten einschließlich Österreichs zum Gesetz erhoben. Ab 1.1.1869 gab es in Deutschland ein "fast" gleichlautendes partikulares Handelsrecht, Thöl, S. 76 f.
4) Art. 277 ADHGB, der sich zum § 345 HGB fortschrieb; vgl. Eichler, S. 186 und Raisch, Bedeutung, S. 535.
5) Bergfeld, Bedeutung, S. 119.
6) Dölle, S. 23.

enthält das ADHGB insoweit ein juristisches Notprogramm, das im Ansatz Zivilrecht vereinheitlichte, ja es handelte sich bei diesen Bestimmungen um eine Notstandsgesetzgebung der aufstrebenden Industriegesellschaft, die gewisse für den Handel notwendige, aber nicht spezifisch handelsrechtliche, allgemeine privatrechtliche Grundsätze vorwegnahm[1]. Sie lassen sich nicht nur als verkehrsrechtliche Regeln mit abstraktem, technischem Gehalt charakterisieren, sondern es wurden Institute entwickelt, die man nur zu verallgemeinern brauchte, um gleichbleibende Probleme auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts zu lösen oder zur Bestätigung bereits vorhandener Lösungen heranzuziehen[2]. Erstmals findet sich die Vorwegnahme allgemeiner Lehren bei der Regelung des Handelsgeschäfts in den Artikeln 271 ff. ADHGB angedeutet. Unmittelbar nach Inkrafttreten des ADHGB ging, wie auch in Spanien und Portugal, vom Handelsrecht die Vereinheitlichung des gesamten bürgerlichen Rechts aus, die ihren Abschluß in Deutschland durch das BGB vom 18.8.1896 fand.

Das Interesse der vorliegenden Arbeit gilt den Normen aus dem Vierten Buch des ADHGB, die später inhaltlich ins BGB einflossen und damit Beachtliches zur Vereinheitlichung des Zivilrechts beitrugen. Sie schließt rechtshistorisch eine Lücke. Im Gegensatz zu den Ausführungen R i e ß e r s, der von seiner Kommerzialisierungstheorie befangen, zu pauschal und zu viel aus dem ADHGB "entspringen läßt"[3], und zu der Arbeit von W i l d, der lediglich den Einfluß des ADHGB auf die Regelung der Stellvertretung untersucht, erfolgt eine differenzierte Bestandsaufnahme von Tatbeständen,

---

1) Wohl als einer der ersten hielt es Endemann wegen der fehlenden einheitlichen Privatrechtskodifikation für rechtspolitisch berechtigt, ein besonderes "Handelsprivatrecht" zu schaffen, vgl. Endemann, S. 7.

2) Generell zur Frage der Analogiefähigkeit des Handelsrechts vgl. Pisko, S. 24 ff. und 31 f.

3) Zur Kommerzialisierungstheorie Raisch, Abgrenzung, S. 13 ff.; ders., Geschichtliche Voraussetzungen, S. 7, 56 f.; ferner die treffende Kritik Müller-Freienfels, Selbständigkeit, S. 538.

die wir sowohl im ADHGB als auch im BGB finden. Ihr Angelpunkt bilden die Protokolle sowie die eigenen Entwürfe der Nürnberger Konferenz, die das ADHGB mit Ausnahme des Seehandelsrechts schuf[1]. Namentlich anhand der Beratung, die in den sogenannten Kommissionsentwurf mündete, wird der Frage nachgegangen, was den "Gesetzgeber" vierzig Jahre vor Inkrafttreten des BGB bewog, deckungsgleich Normen vorwegzunehmen, deren Aktualität bis auf den heutigen Tag nicht verloren ging. Von Interesse ist dabei der gleichbleibende gesellschaftspolitische und soziale Hintergrund.

Im Anschluß an die Nürnberger Konferenz wird der Weg der handelsrechtlichen Regelungsvorlagen über den Dresdner Entwurf von 1866, über die Vorentwürfe und die ihnen folgenden BGB-Entwürfe verfolgt und gewürdigt[2]. Damit leistet die Arbeit einen Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB. Häufig wurden während dessen Beratungen die Vorlagen aus dem ADHGB kritiklos übernommen. Anhaltspunkte für eine kontroverse Entstehungsgeschichte lassen sich aber dann nur in der Nürnberger Beratungsniederschrift finden, zumal die Motive und Protokolle des BGB primär zur Rechtfertigung der gefaßten Beschlüsse dienten[3]. Bereits die Bundesversammlung des Deutschen Bundes stellte bei ihrer Initiative zum Dresdner Entwurf von vorneherein klar, daß die Bestimmungen des ADHGB als Axiom für die Beratungen zu einem allgemeinen Obligationenrecht zu gelten hätten und lediglich ihr Umfeld zum bereits vorhandenen Wechsel- und Handelsrecht abgesteckt werden sollte[4]. Das mag einen nicht verwundern; das ADHGB

---

1) Das Seehandelsrecht wurde in Hamburg beraten.
2) Vernachlässigt wird dabei die Diskussion über das Handelsrecht als Sonderrechtsmaterie in Abgrenzung zum Zivilrecht, dazu jüngst Schmidt.
3) Jakobs/Schubert, Materialien, S. 46.
4) Protokolle der Deutschen Bundesversammlung, S. 249. Zur Kontinuität dieser Methode, vgl. die "Vorschläge" Goldschmidts, S. 165, 169, das Gutachten der Vorkommission, S. 172 f. und den Bericht des Ausschusses für Justizwesen, S. 186 und 195.

war ja gerade erst beschlossen worden. Eine neuerliche Abänderung der vor kurzem erlassenen Vorschriften hätte der Rechtsunsicherheit nur allzu stark Vorschub geleistet. Der Appell der Bundesversammlung an die "Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechts" blieb nicht ohne Wirkung, sondern wurde zu deren Geschäftsgrundlage. Die Bestimmungen des ADHGB mit allgemeinem zivilrechtlichem Gehalt sollten möglichst unangetastet bleiben[1]. Bei den Beratungen ging es dann lediglich um die Frage ihrer Fortschreibung ins Zivilrecht. Sie wurde vordergründig durch das Streben nach Rechtssicherheit bejaht, das aus der räumlichen Ausdehnung des Handelsverkehrs erwuchs. Der Handel erwies sich dabei, durch die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts fortschreitende industrielle Entwicklung und die Fortentwicklung der Verkehrsmittel beschleunigt, als "erfolgversprechende Medizin gegen Partikularismus und Kleinstaaterei". Er ist damit im innerdeutschen Raum in ähnlicher Weise zum Schrittmacher der Rechtsvereinheitlichung geworden, wie es heute im internationalen und supranationalen Bereich bei der Rechtsangleichung im Rahmen der EG zum Beispiel beobachtet werden kann[2].

Es liegt letztlich die Vermutung nahe, daß sich in den Regelungsvorlagen ein gehöriges Stück jus commune ausdrückt, so daß die Arbeit einen - wenn auch bescheidenen - Beitrag zu einer leider in weiter Ferne liegenden europäischen Kodifikation liefert.

---

1) OR-Protokolle, S. 21o ff.
2) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 462 f.; Wild, S. 1.

DER KONKRETE EINFLUSS

I. Im Allgemeinen Teil des BGB

1. Das Prinzip der Formfreiheit, § 125 Abs. 1 Satz 1

Entgegen einer noch heute verbreiteten Ansicht in der Bevölkerung läßt sich aus § 125 Abs. 1 Satz 1 entnehmen, daß alle Rechtsgeschäfte, die nicht einer gesetzlichen Form unterliegen, formlos gültig sind. Darin kommt der im BGB herrschende Grundsatz der Formfreiheit mittelbar zum Ausdruck. Bereits im Mittelalter wurde er unter dem vereinigten Einfluß des kanonischen und des oberitalienischen Handelsrechts geschaffen[1]. P a c t a s u n t s e r v a n d a, mit anderen Worten, jede formlose Einigung genügt, um sich rechtsgeschäftlich zu verpflichten. Der Vorrang des Konsensualprinzips war auch für die Verfasser des ADHGB selbstverständlich[2]. Dennoch wurde es ausdrücklich entsprechend der preußischen Vorlage[3] normiert. Erklärbar ist dies aufgrund der damals noch entgegengesetzten Regel des

---

1) Stammler, S. 336.

2) ADHGB-Protokolle, S. 565; vgl. auch Art. 285 des württembergischen HGB-Entwurfs sowie Art. 1 aus dem zweiten Titel des Frankfurter ADHGB-Entwurfs, dessen Motive an Aktualität nichts verloren hatten: "Das Interesse des Handels fordert eine möglichst freie Bewegung; Formen, die nicht als unerläßlich erscheinen, müssen beseitigt, Treu und Glauben heilig gehalten werden", Frankfurter ADHGB-Entwurf, S. 88. Zum württembergischen HGB-Entwurf umfassend Bergfeld, Entwurf.

3) Drei Gründe führten dazu, daß nicht der revidierte oder ministerielle österreichische Entwurf, sondern der preußische HGB-Entwurf als Beratungsgrundlage fürs ADHGB herangezogen wurde. Er schloß im Gegensatz zu den österreichischen Entwürfen das Seehandelsrecht mit ein. Preußen repräsentierte mit dem gemeinen Recht, dem in den Rheinlanden geltenden Code civil und dem ALR drei Rechtskreise, die alle in den preussischen Entwurf einflossen. Nicht zu unterschlagen ist aber auch ein taktischer Schachzug Bischoffs, dem preußischen Abgeordneten und späteren Referenten. Zu Beginn der Beratungen schlug er sogleich den österreichischen Gesandten von Raule für die Stelle des einflußreichen Vizepräsidenten der Versammlung vor. Nach diesem personellen Eingeständnis sah sich die österreichische Seite veranlaßt, ihren Widerstand gegen den preußischen Entwurf aufzugeben. Die österreichischen Entwürfe sollten ja auch ergänzend herangezogen werden (vgl. ADHGB-

ALR[1] sowie des französischen Rechts[2].

Den Hauptgrund für die anstandslose Übernahme der Formfreiheit ins BGB liefern die Motive. Er ist nicht in der liberalen Urangst vor staatlicher Bevormundung mittels einer vorgeschriebenen Form zu suchen, sondern gegen den Formzwang sprach die damit verbundene Verkehrserschwerung: "Der Verkehr erfordert gegenwärtig mehr denn je Bewegungsfreiheit", auf die nicht mehr verzichtet werden konnte, weil sie über den Grundsatz der Formfreiheit im ADHGB bereits weitgehend gefördert worden war[3]. Im zweiten Entwurf des BGB sah man von einer ausdrücklichen Normierung der Formfreiheit ab; nur im Hinblick auf die abweichende Bedeutung des Formzwangs im preußischen und französischen Recht hatte sie vorübergehenden Wert[4]. Ihre klarstellende Funktion war zwischenzeitlich obsolet geworden. Mit der Entwicklung des Verkehrs lockerten sich die Formen, weil die vorhandenen

---

Protokolle, S. 5 f.). Somit setzte sich beim ADHGB, wie bei der AWO von 1848 die Übung fort, eine preußische Vorlage als Ausgangspunkt der Beratung zu benutzen. Preußen hatte in seiner entschlossenen Führerrolle im Deutschen Bund die Chance, seinen Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Gesetz zu machen, wahrgenommen und mit Erfolg zu Ende geführt, Getz, S. 146; zur Person Bischoffs Heymann, Friderizianisches Handelsrecht, S. 25.

1) Das ALR stellte zwar ebenfalls die Beobachtung einer besonderen Form nicht als Bedingung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern forderte eine solche nur in den durch das Gesetz besonders bestimmten Fällen (vgl. ALR I, 4 § 94; I, 5 § 1o9); allein diese Fälle waren so zahlreich und umfassend, daß das Erfordernis des Formzwangs tatsächlich die Regel bildete.

2) Auch im Code civil herrschte dem Grundsatz nach Formfreiheit, die aber durch Art. 1341 in ihrer praktischen Bedeutung sehr beschränkt wurde; bei Geschäften über 15o francs war kein Zeugenbeweis mehr zulässig, sondern nur der Urkundsbeweis, Wesenberg/Wesener, S. 148. Allerdings machte gerade in Handelssachen der Code de commerce eine Ausnahme, indem er in Art. 1o9 auch den Zeugenbeweis und den Beweis durch die Handelsbücher zuließ. Prozessual wurde die Formfreiheit auch im ALR beschränkt, I, 5 § 131.

3) Motive I, S. 18o; vgl. auch Art. 78 des Dresdner Entwurfs und § 1 der Vorlage Nr. 8, Teil 1, S. 291, deren Verfasser Kübel deutschtümelnd bemerkte: "Im älteren deutschen Recht galt der Grundsatz der Verbindlichkeit des bloßen Wortes", Begründung, S. 293.

4) Mugdan I Protokolle, S. 696.

Geschäftstypen nicht mehr ausreichten, den neuen wirtschaftlichen Bedürfnissen zu entsprechen. Der Gang der Rechtsentwicklung war daher ein langsamer Übergang von äußerster Formstrenge zu immer größerer Formfreiheit[1]. Das ADHGB beschleunigte diesen Prozeß. Die Freiheit für Handel und Gewerbe von allen hinderlichen Fesseln war ein grundsätzliches Verlangen der Liberalen gewesen[2]. Sinngemäß gehört die Formfreiheit zu einer umfassenden Vertragsfreiheit; denn jede Formvorschrift ist geeignet, die Betätigung der Vertragsfreiheit zu beeinträchtigen[3]. Zu schnell wurde aber vergessen, daß gerade im Warenverkehr mit dem Auslassen von Formerfordernissen ein wirksamer Schutz zu Gunsten des Unbesonnenen aufgegeben wurde[4]. Stattdessen fand nicht nur an dieser Stelle wirtschaftsliberalistischer Rechtsgeist nach dem Motto Eingang: "Wer die Augen nicht aufthut, soll den Beutel aufthun!"[5].

2. Zustandekommen von Verträgen

a) Die Verbindlichkeit des Antrags, § 145

Im ADHGB fehlt es an einer dem § 145 kongruenten Regelung. Dennoch gehen dessen Artikel 318, 319 und 32o selbstredend

---

1) "Auf der anderen Seite hat der Handel da, wo er Formen für seinen Verkehr erfordert, diese in uralten, mit höchster Schärfe und zugleich mit erstaunlicher Kürze ausgearbeiteten Formularen geschaffen, im Wechsel, im Scheck, in den Konnossementen, Lagerscheinen, Frachtbriefen, den Aktien, den Inhaberpapieren, insbesondere den börsenmäßigen Effekten", Heymann, Beziehungen, S. 24.

2) Verankert im Programm der Freisinnigen Volkspartei von 1894, Ziff. IV b u. d, abgedruckt bei Salomon, S. 88, 9o f.; vgl. auch dort ihren Gründungsaufruf auf S. 93 f.

3) Fischer, S. 38; Kaiser, S. 2.

4) Ins AbzG wurde erst 1969 der § 1a eingefügt, der Schriftlichkeit postuliert.

5) So der Abgeordnete Lenzmann von der Freisinnigen Volkspartei, Verhandlungen des Reichstags, S. 2766 B - 2766 D. Zur Vorlage des BGB im Reichstag und der Reaktion der politischen Parteien Brandt.

vom Grundsatz der Gebundenheit und der Unwiderruflichkeit des Vertragsangebots nach erfolgtem Zugang aus. An keiner Stelle wurde er in den Beratungsprotokollen in Frage gestellt. Der verbindliche Charakter des Antrags war selbstverständlich.

Die folgenden gesamtdeutschen Entwürfe blieben bei diesem Grundsatz stehen[1]. Nicht nur der Vertrauensschutz des Angebotsempfängers gab den Ausschlag für die Gebundenheit des Antrags. Zumindest gleichrangig lassen die Motive die Tendenz erkennen, Vertragsabschlüsse allgemein und damit den Warenaustausch zu fördern, um dem ökonomischen Postulat der Zeit nach Umsatzbeschleunigung Rechnung zu tragen. Ein vor wirksamer Annahme zulässiger Widerruf hätte nicht nur die unmittelbare Konsequenz, daß der Vertrag nicht zustandekommen würde, sondern man fürchtete genauso, daß mittelbar die generelle Bereitschaft Verträge abzuschließen abnehmen und insgesamt "der Verkehr erschwert und beeinträchtigt" werde[2]. Das gemeine und das französische Recht gestatteten dagegen, den Vertragsantrag einseitig zu widerrufen, solange die Annahme nicht wirksam erklärt worden war[3]. Den Gefahren, denen der Antragsempfänger durch den Widerruf ausgesetzt war, suchte man dadurch zu begegnen, daß man dem Widerrufenden die Verpflichtung auferlegte, den Vertrauensschaden des anderen zu ersetzen. Dieser Lösungsweg wurde verworfen, da er Schadensersatzprozesse geradezu heraufbeschwöre, die darauf hinauslaufen, den geschäftlichen Umsatz zu drosseln. Im übrigen wurde auf den Handelsverkehr verwiesen, wo die Gebundenheit des Antrags unentbehrlich geworden ist[4].

---

1) Art. 45, 47 Abs. 1 Satz 1 Dresdner Entwurf; Kübel, §§ 6 und 7 der Vorlage Nr. 9, Teil 1, S. 125 f.; §§ 8o, 81 des ersten Entwurfs.
2) Motive I, S. 165; vgl. auch die Begründung Kübels zu den §§ 6 und 7 aaO., S. 177.
3) Windscheid, Bd. 2, § 3o7 Ziff. 1, S. 16o ff.; Rabel, Warenkauf Bd. 1, S. 74.
4) Motive I, S. 165 f.; auch Wahl, S. 6, weist in diesem Zusammenhang auf den Handelsverkehr als Schrittmacher hin.

b) Aber: Sofortige Annahme des Anwesenden, § 147 Abs. 1

Der Adressat eines vom Anbietenden in dessen Gegenwart abgegebenen Angebots ist gezwungen, es sofort anzunehmen, wenn er auf das Angebot eingehen und den Vertrag schließen möchte. Dieses Erfordernis, den Vertrag zustande zu bringen, ist aus dem ALR entnommen[1]. Es sei zu kategorisch, wurde in den Beratungen eingewendet. Allenfalls an der Börse, wo jede Viertelstunde entscheide, bestehe immer Interesse an einer augenblicklichen Annahme[2]. Um dem Antragenden die Dispositionsbefugnis zu erhalten, wurde es abgelehnt, eine gesetzliche Frist zu bestimmen, in der die Annahme noch offen sein soll. Der Antragende habe es auf die sofortige Antwort abgesehen. Mit Sicherheit wolle er gegen niemand gebunden sein, wenn nicht die sofortige Annahme erfolgt[3]. Gegen eine voreilige Bindung des Antrages unter Anwesenden entschieden sich auch die Verfasser des BGB[4].

c) Aber: Keine unbegrenzte Bindung des Antrags an den Abwesenden, § 147 Abs. 2

Durch die Erschließung neuer und sicherer Verkehrswege und durch die Verbesserung des Postwesens[5] wurde der Vertragsabschluß über die Distanz berechenbar. Er gewann an Boden und drängte den auf Märkten und Messen üblichen Vertragsschluß unter Anwesenden zurück. Der Vertragsschluß unter Abwesenden schien gewichtiger zu werden[6]. Aus diesem Grunde

---

1) ALR I, 5 § 94; vgl. auch § 862 ABGB.
2) ADHGB-Protokolle, S. 565.
3) ADHGB-Protokolle, S. 566; vgl. Art. 318 ADHGB.
4) Mugdan I Protokolle, S. 69o.
5) 1835 eröffnete die erste deutsche Eisenbahnstrecke. 185o wurde der Deutsch-österreichische Postverein gegründet.
6) Vgl. Rabel, Warenkauf Bd. 1, S. 64.

gestaltete sich seine Kodifikation im ADHGB kontrovers. Im Kern beschäftigte sich die Diskussion mit der Frage, wer das durch die Distanz begründete Risiko einer verzögerten Annahme zu tragen habe. Die eine Seite wollte es ganz dem Anbieter zuweisen, der, um Gewinn zu machen, an auswärtigen Plätzen Offerten ergehen lasse, mit anderen Worten einen solchen Weg des Geschäftsabschlusses einschlage. Den Annehmenden haften zu lassen, der nichts anderes als seine Pflicht getan habe, indem er sein Akzept absandte, sei unbillig. Im Gegensatz zu ihm könne sich nur der Antragende mittels Vorbehalten und Erklärungsfristen wirksam schützen[1].

Dem Antragenden werde damit aber eine zeitlich unbeschränkte Haftung auferlegt, erwiderte die Gegenseite. Jeder Antrag sei nur für eine bestimmte Zeit bindend[2], die sich von der Abgabe des Angebots bis zum Zugang der Antwort an den Antragenden erstrecke. Deshalb läge es allein in Händen des Annehmenden, seine Annahme in diesem für ihn begrenzten aber ausreichenden Zeitraum dem Antragenden zukommen zu lassen. Gleichzeitig werde es letzterem ermöglicht, die für ihn bindende Dauer seines Angebots zu überschauen. Sie endet, wenn "er bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort deren Eingang" nicht mehr "erwarten darf"[3].

Dem Antragenden wird die Dispositionsbefugnis über die vormals gebundenen Mittel zurückgegeben, die frei werden, um eine neue geschäftliche Initiative zu starten. Aber auch der Gegenseite dient diese flexible Handhabung der beschränkt

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 569 f.
2) Im gemeinen Recht dagegen blieb ein Antrag solange verbindlich, bis er ausdrücklich zurückgezogen wurde.
3) ADHGB-Protokolle, S. 567, 571; vgl. Art. 319 Abs. 1 ADHGB.

bindenden Kraft des Angebots; mit ihr darf der Angebotsempfänger für einen ausreichenden Zeitraum auf das Angebot vertrauen. Abgesehen vom Problem, wie die generalklauselartige Formulierung zu konkretisieren sei[1], wurde im ADHGB die zwischen Vertrauensschutz und Dispositionsbefugnis vermittelnde Lösung gefunden, wie wir sie heute im BGB haben. Schon dort wurde endgültig der starren Bindung des Angebots entsagt, die Möglichkeit für neue Umsatzgeschäfte eröffnet und darauf abgezielt, den aufkommenden Handel insgesamt zu beflügeln. Daß der Mechanismus dieser Bestimmung im Handelsverkehr schon damals nicht die Regel war, steht auf einem anderen Blatt und beruht auf den vorherrschenden Handelsbräuchen, wie z.B. dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Vielmehr handle es sich "um allgemeine Prinzipien über Verträge im Allgemeinen"[2]. Insoweit ist der Hinweis auf den Handelsverkehr, den man in den Motiven zum BGB findet, nicht treffend[3].

d) Verspätete Annahme, § 149

Es entspreche der Billigkeit, daß nur bei einer rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung den Antragenden eine Benachrichtigungspflicht treffe, falls sie trotz Verspätung bei ihm noch eintrifft[4]; nur bei einem rechtzeitigen Abschicken darf der Annehmende darauf vertrauen, daß seine Erklärung innerhalb der Annahmefrist beim Antragenden eingeht und der Vertrag zustandekommt. Wenn aber diese Erwartung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, z.B. durch eine Verzögerung

---

1) Das kritiserte Zitelmann, S. 128 f.
2) ADHGB-Protokolle, S. 1360.
3) Motive I, S. 166.
4) ADHGB-Protokolle, S. 573; Art. 319 Abs. 2 ADHGB. Zuvor enthielten schon das ALR (I, 5 §§ 100, 104 f.) und der württembergische HGB-Entwurf (Art. 288) inhaltlich dieselbe Bestimmung.

der Beförderung, so verpflichtet die Rücksicht auf Treu und Glauben den Antragenden, die Gegenseite darüber aufzuklären. Diese Bürde stehe in keinem Verhältnis zur Gefährdung, der die Gegenseite im Falle des Schweigens ausgesetzt sei[1]. Ausnahmsweise wird bei dieser Konstellation der Annehmende geschützt. Ihn trifft ja auch kein Vorwurf, der allein an die Verantwortlichen der Beförderung zu richten ist. Das Vertrauen auf den Vertragsschluß geht der Dispositionsfreiheit des Antragenden vor. Dessen Schweigen fingiert den Vertragsschluß, allerdings nur dann, wenn er subjektiv hätte erkennen müssen, daß die an ihn verspätet zugestellte Annahme bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig eingetroffen wäre. Insoweit wurde die Regelungsvorlage aus dem ADHGB korrigiert[2].

e) Die Annahme mit Zusätzen ist ein neuer Antrag, § 15o Abs. 2

Bei der Diskussion zur entsprechenden Norm im ADHGB wurde die Terminologie B e d i n g u n g kritisiert[3]. Im streng juristischen Sinne sei sie ein künftiges, ungewisses Ereignis, dessen klare Abgrenzung von anderen Modifikationen Schwierigkeiten bereite[4]. Dennoch wurde an ihr festgehalten[5]. Vermutlich bereitete aber die damalige Kritik die Entscheidung mit vor, diesen Begriff schon im ersten Entwurf zum BGB nicht mehr zu verwenden[6].

---

1) Motive I, S. 171.
2) Mugdan I Protokolle, S. 692.
3) Art. 239 Abs. 2 des preußischen HGB-Entwurfs lautet: "Eine bedingte Annahme gilt als Ablehnung des Antrags, verbunden mit einem neuen Antrage".
4) ADHGB-Protokolle, S. 579.
5) Art. 322 ADHGB.
6) § 88 Abs. 3, dessen Motive ungenau sind, wenn es dort heißt, der Paragraph stehe im Einklang mit Art. 322 ADHGB, Motive I, S. 175.

f) Der Tod ist kein Erlöschensgrund für die rechtsgeschäftliche Initiative, §§ 13o Abs. 2, 153, 672 Satz 1, 791

Diesem im Grenzbereich von Verkehrs- und Erbrecht stehendem Prinzip verhalf das ADHGB zum Durchbruch[1]. Während der Beratung erhoben sich allerdings Bedenken wegen der auf der Hand liegenden Mißbrauchsgefahr. Außerdem reiche der Schutz des gemeinen Rechts, wonach der Bevollmächtigte für alle nach dem Tode des Erblassers vorgenommenen Handlungen Regreß bei den Erben nehmen könne, aus[2].

Die Mehrheit der Konferenzmitglieder entgegnete: "Wenn man diese Bestimmung nicht habe, so werde eine Reihe großer Verwicklungen entstehen und namentlich der Großhandel nicht betrieben werden können. Das den Erben zugefallene Geschäft werde leicht ins Stocken geraten, wenn der Artikel nicht in Geltung sei, denn die Erneuerung der Aufträge sei den Erben oft nicht so schnell möglich, als es deren Interesse gebiete"[3]. Unverkennbar zielte diese herrschende Ansicht darauf ab, der Dynamik der in die Wege geleiteten Umsatzgeschäfte ihren Lauf zu lassen, um ihnen zur Bestandskraft zu verhelfen. Über den status quo des Erbfalls hinaus sollten alle vom Erblasser initiierten Geschäfte postmortal verwirklicht werden können, um letztlich auch dem Handelsgeschäft insgesamt kurzfristig die notwendige Kontinuität zu sichern. Gleichzeitig wurde der Verkehr geschützt; er durfte bis zum rechtzeitigen Widerruf der Erben auf die Initiative des Erblassers vertrauen. Der Regreßanspruch des gemeinen Rechts, über den das Vertrauen der Gegenseite indirekt geschützt worden wäre, wurde als zu umständlich verworfen. Vielmehr müsse man sich darauf verlassen können, unverzüglich von

---

1) Art. 297, 54 Abs. 2 ADHGB; vgl. auch § 82 ZPO für die Prozeßvollmacht, sowie § 52 Abs. 3 HGB.
2) ADHGB-Protokolle, S. 429.
3) ADHGB-Protokolle, S. 43o.

den "bestehenden Konjunkturen" mit der Ausführung der Geschäfte fortzufahren[1]. Der nach Umsatz strebende Handelsgeist stand bei dieser sich durchsetzenden Argumentation Pate. Die Verfasser des BGB schlossen sich ihr an und brachten sie auf folgenden Nenner: Anträge gingen regelmäßig aus wirtschaftlichem Interesse hervor, das mit dem Vermögen bestehen bleibe, wenn dies auch mit dem Tod des bisherigen Inhabers in andere Hände übergeht[2]. Zwar bringe der Tod des Erblassers oft wesentliche Veränderungen auch in wirtschaftlicher Hinsicht mit sich, dessen Anträge blieben aber meist sinnvoll[3].

Daß sich das verabschiedete Prinzip eigentlich von selbst aus der Universalsukzession ergibt, war auch den Verfassern des BGB bewußt. Die Mehrheit hielt jedoch eine ausdrückliche Regelung beim Angebot mit Rücksicht auf die abweichende gemeinrechtliche Lehre für erforderlich[4]. Weshalb an drei anderen Stellen im BGB, den Paragraphen 13o Abs. 2, 672 Satz 1 und 791, expressis verbis entsprechend verfahren wurde, bleibt unklar. Die Regelungsvorlage auf die Geschäftsunfähigkeit zu erstrecken war dagegen nur konsequent[5].

---

1) ADHGB-Protokolle, aaO.
2) Mugdan I Motive, S. 449; Kübel, Begründung zu § 18 der Vorlage Nr. 9, Teil 1, S. 212.
3) Mugdan I Protokolle, S. 955:
"Das Geschäft des verstorbenen Kaufmannes stehe nicht augenblicklich still, sondern es werde, selbst wenn die Hinterbliebenen es demnächst nicht fortführten, vorläufig in Gange erhalten; ... . Die Erben würden, wenn man den Durchschnitt der Fälle ins Auge fasse, mehr benachtheiligt, wenn die zweckmäßigen Aufträge des Erblassers unausgeführt bleiben müßten, als wenn einmal ein unzweckmäßiger Auftrag nach dem Tod des Erblassers ausgeführt werde".
4) Mugdan I Protokolle, S. 695.
5) § 18 der Vorlage aaO.; Mugdan I Motive, S. 3o7.

3. Stellvertretung

a) Das Prinzip der direkten Stellvertretung, § 164 Abs. 1 Satz 1

(1) Die Entwicklung bis zum ADHGB

Über die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung sowie deren inneren Aufbau herrschte, losgelöst vom ADHGB, eine in verschiedene Theorien verzweigte und durch die Jahrhunderte gewachsene Kontroverse, deren Gang verhältnismäßig gut erforscht ist[1]. Das römische Recht lehnte wie das ältere deutsche Recht die direkte Stellvertretung dem Grundsatz nach ab. Die Schuldbeziehung war auf das i u r i s v i n c u l u m zwischen Gläubiger und Schuldner beschränkt[2], das sein Übergreifen auf wirtschaftlich beteiligte Dritte ausschloß[3].

Die Historische Rechtsschule besann sich auf die Doktrin des a l t e r i s t i p u l a r i n e m o p o t e s t[4] zurück. Entgegen ihrer h.M.[5] leitete S a v i g n y dennoch die direkte Stellvertretung aus dem römischen Recht ab, indem er die Person des Stellvertreters mit der des Boten (nuntius) gleichsetzte[6]. Damit erwies er den wirtschaftlichen Erfordernissen der Zeit, insbesondere der in der

---

1) Vgl. die Untersuchungen von Bauer, Everding, Wild, Müller-Freienfels und Ulrich Müller.
2) Zu den Gründen dieser strengen Intersubjektivität statt aller Kaser, S. 146, mit weiterer Literatur FN 2.
3) Zu den Ausnahmen, die wirtschaftlich gesehen einen weiten Bereich absteckten, Wild, S. 3 und Müller, S. 18 ff. Hervorzuheben ist die Stellvertretung kraft Status durch Leibeigene und Sklaven, die zu einem großen Teil den Alltagsverkehr mit Wirkung für ihren Herrn abwickelten, Scheuermann, S. 1o4.
4) Ulpian in D.45.1.38.17.
5) Zur herrschenden Doktrin der Historischen Schule, Müller-Freienfels, Abstraktion, S. 152.
6) Savigny, System, § 113, S. 9o ff.; ders., Obligationenrecht §§ 54 ff. S. 21 ff.; dazu auch Hammen, S. 138 und Müller-Freienfels, aaO., S. 155.

Praxis gewandelten Auffassung einen Dienst[1]. Das vom kanonischen Recht geförderte gemeine Recht des Mittelalters hatte bereits die unmittelbare Stellvertretung zugelassen[2], mit steigender Arbeitsteilung und Differenzierung der Lebensverhältnisse war das Bedürfhis, Rechtshandlungen durch Dritte mit direkter Wirkung für sich vornehmen zu lassen, gewachsen[3]. Zuvor hatte sich die Epoche des Naturrechts endgültig von der starren Bindung an das römische Recht gelöst. Die direkte berechtigende und verpflichtende Wirkung aus dem Vertretergeschäft trat in der Person des Vertretenen ein[4]. Erstmals führte das ALR die direkte Stellvertretung gesetzlich ein[5]. Für die Erbländer der österreichischen Monarchie folgte § 1017 des ABGB[6]. Die Gerichtspraxis billigte danach die direkte Stellvertretung[7].

(2) Dessen Beratung und Regelung im ADHGB

Da bereits das ALR und das ABGB die direkte Stellvertretung aufgenommen hatten, war einer möglichen Debatte von vorneherein der Boden entzogen. Das dort kodifizierte Prinzip schrieb sich in den Beratungsentwürfen fort; bei der Prokura und beim Handlungsbevollmächtigten, wo es sich offenbarte,

---

1) So auch Scheuermann, S. 107; Jakobs, S. 27, FN 41: "..Es ist zu bemerken, daß für Savigny das Recht durchaus eine Tatsache der Gegenwart ist, allerdings eine gewordene und in der Entwicklung begriffene". Vgl. auch die Rezension Dernburgs.

2) Engelmann, S. 125 f.; ausführlich Müller, S. 61 ff. und Müller-Freienfels, Abstraktion, S. 146.

3) Wild, S. 4: "Durch das Schwinden des unfreien Standes, der kraft Status für den Herrn mit direkter Wirkung erworben hatte, gewann seit Ausgang des Mittelalters der Gedanke der freien direkten Stellvertretung immer mehr an Boden". Vgl. auch Müller-Freienfels, aaO., S. 144 ff.

4) Buchka, S. 126; vgl. auch Bauer, S. 49 ff., Müller, S. 123 ff. und Wild, S. 5.

5) ALR I, 13 §§ 18, 85, 153.
Dagegen kannte der Codex Maximilianeus bavaricus civilis noch allein den abgeleiteten Rechtserwerb.

6) Vgl. auch die Artikel 1984, 1998 des Code civil.

7) Vgl. Hammen, S. 142, FN 68 und 69 sowie Wild, S. 5, FN 11, jeweils mit vielen Entscheidungsnachweisen.

bestand zwischen der preußischen und den österreichischen Vorlagen Übereinstimmung[1]. Lediglich der Wortlaut des preußischen Entwurfs "wird der Prinzipal dem Dritten gegenüber ebenso verpflichtet, a l s w e n n e r d a s G e s c h ä f t s e l b s t g e s c h l o s s e n h ä t t e" wurde verworfen, um nicht mit dieser Formulierung S a v i g n y s Herabsetzung des Vertreters zum bloßen Boten zu stützen; die Entscheidung, ob der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt oder lediglich als verlängerter Arm des Vertretenen handelt, sollte bewußt offen bleiben. Keineswegs wollte man den Eindruck erwecken, als komme es auf Wissen und Arglist des Vertreters nicht an[2]. Das Prinzip der direkten Stellvertretung blieb aber unbeanstandet. Für die Verfasser des ADHGB gab es dem Vertreterhandeln die allein denkbare und selbstverständliche Wirkung, wenn das Rechtsgeschäft von einem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten vorgenommen wurde. Im Rahmen dieser besonderen Vertrauensverhältnisse hatte sich die Unmittelbarkeit der gewillkürten Stellvertretung anstandslos durchgesetzt, nicht zuletzt wegen ihres ökonomisch-soziologischen Hintergrunds: Die direkte Stellvertretung ist ihrer Funktion nach eine organisatorische Einrichtung. Sie dient der Arbeitsteilung bei der Rechtsausübung und der damit verbundenen Rechtsentstehung[3]. Die Entwicklung ihrer Zulassung mußte sich daher endgültig im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit der beginnenden Industrialisierung vollziehen[4]. "Die an der Schwerpunktverlagerung von Handwerk auf den Fabrikbetrieb erkennbare fortschreitende industrielle Entwicklung, aber auch durch die

---

1) Artikel 41, 5o preußischer HGB-Entwurf, §§ 13o, 135 revidierter und §§ 128, 133 ministerieller Entwurf.
2) ADHGB-Protokolle, S. 78.
Die Klärung der Frage, nach wessen Person sich die Beurteilung der Willensmängel und der Erwerbsfähigkeit richte, wurde ebenfalls an die Wissenschaft verwiesen.
3) Müller-Freienfels, Vertretung, S. 53.
4) Wieacker, Industriegesellschaft, S. 46.

Fortentwicklung der Verkehrsmittel bedingte räumliche Ausdehnung des Handels und die zunehmende Differenzierung der Lebensverhältnisse schufen eine Vielfalt von Stellvertretersituationen. Damit verstärkte sich die Notwendigkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns des einen für den andern. Das in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts in der Lehre zunehmende Gefühl allzu großer Beengtheit in überlieferten juristischen Konstruktionen förderte eine Entwicklung zur Zulässigkeit direkter Stellvertretung. Gegenüber den Anforderungen des Verkehrs vermochte sich die am römischen Recht orientierte Auffassung mit der Behauptung der 'begrifflichen Unmöglichkeit' unmittelbarer Vertretung nicht länger halten"[1].

Erstmals galt die direkte Stellvertretung für die Prokura, die Handlungsvollmacht und für die Vollmacht zu den einzelnen Handelsgeschäften als allgemeines Gesetzesrecht[2]. Zwar hatte man eine ausdrückliche Stellungnahme zugunsten der unmittelbaren Stellvertretung vermieden, indem der Wortlaut der preußischen Vorlage abgeändert wurde. Aus Art. 52 Abs. 3 ADHGB läßt sich jedoch unschwer die Auffassung des Gesetzgebers erkennen: Da das Geschäft zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugt, können diese dem Vertretenen nicht aus abgeleitetem Recht zustehen. Rechte und Verbindlichkeiten aus den Geschäften des Vertreters müssen daher in der Person des Vertretenen ursprünglich entstehen[3]. Somit war die Arbeitsteilung bei der Stellvertretung der stärkste Impuls für die innere Wandlung einer klassischen Privatrechtsdogmatik, deren römische und noch pandektistische Grundlagen durch die Vorstellungsmodelle vorindustrieller, also weniger arbeitsteiliger Wirtschaftsgesellschaften bestimmt waren[4].

---

1) Wild, S. 7.
2) Art. 52 Abs. 1, 298 ADHGB.
3) Vgl. auch die Motive zu Art. 41 des preußischen HGB-Entwurfs S. 28, die diese Auslegung bestätigen; zuvor erfolgte sie schon in den Motiven zu Art. 68 des württembergischen HGB-Entwurfs S. 84.
4) Wieacker, Industriegesellschaft, S. 46.
Zur Arbeitsteilung im Zeitalter des Kapitalismus allgemein Sombart, S. 436 ff.

(3) Die Rezeption ins BGB

Der Redaktor des Allgemeinen Teils G e b h a r d schloß sich in seinem Vorentwurf dem Prinzip der direkten Stellvertretung an. Für die heutige Verkehrsauffassung sei es ein unabweisliches Bedürfnis. Gewohnheitsrecht habe ihm zur gemeinrechtlichen Geltung verholfen und die neueren Gesetzeswerke zollten ihm Anerkennung[1]. Mit seiner Formulierung der direkten Stellvertretung "Willenserklärungen eines Stellvertreters gelten, ... so, a l s o b s i e v o n d e m V e r t r e t e n e n a b g e g e b e n w o r d e n w ä r e n", nähert er sich allerdings stark der preußischen Vorlage zum ADHGB. Er übersah dabei, daß er mit diesem Wortlaut die vielgeschmähte Identifikation des Boten mit dem Stellvertreter S a v i g n y s unterstütze, obwohl er sich an anderer Stelle gegen sie aussprach[2]. Aus diesem Grunde wählten die Verfasser des BGB, wie bei der Entstehung der Stellvertretung im ADHGB, eine neutralere Formulierung, um die wissenschaftliche Diskussion über die dogmatische Einordnung der Mittelsperson nicht zu beeinflussen. Eine besondere Stellungnahme zur juristischen Konstruktion der Vertretung sei nicht Sache des Gesetzes[3]. Dagegen galt es, für die zunehmende Arbeitsteilung eine pragmatische und klare Regelung zu verabschieden, die auf die Bedürfnisse der florierenden Industriegesellschaft zugeschnitten war.

b) Das Merkmal der Offenkundigkeit, § 164 Abs. 1 Satz 2

Der Einfluß des ADHGB beschränkte sich nicht nur auf das Prinzip der Stellvertretung, sondern betraf ebenso ihr Erfordernis der Offenkundigkeit. Nach Art. 52 Abs. 1 ADHGB wurde der Vertretene nur verpflichtet, wenn der Vertreter

---

1) Gebhard, Begründung zu § 31, S. 177.
2) Gebhard, Begründung aaO., S. 179.
3) Mugdan I Motive, S. 477.

in dessen Namen handelte. Dieses Tatbestandsmerkmal war keineswegs neu[1]. Es bezweckte, den Handelnden zu verpflichten, sich äußerlich als Stellvertreter bekannt zu machen[2], im Geschäft selbst den Bezug zum Vertretenen herzustellen[3], um dadurch den eigenen Haftungsausschuß deutlich zu machen[4].

Die Neuheit des ADHGB offenbarte sich aber darin, daß allein die Begleitumstände die Drittwirkung kenntlich machen konnten[5]. Die preußische Vorlage forderte dagegen noch positive Kenntnis des Kontrahenden von der Vertretereigenschaft des Handelnden[6]. Sie wurde aber verworfen. Auch Umstände, die sich der Kenntnis zunächst entziehen, müßten einbezogen werden[7]. Dem Gesichtspunkt des Handelsbrauchs, der ein fremdwirkendes Verhalten unabhängig vom Gebaren des Vertreters erkennen lassen konnte, wurde Rechnung getragen. Gleichzeitig erfolgte die notwendige Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung in Gestalt des Kommissionsgeschäfts[8].

Im Einklang mit dem ADHGB erkennen die Entwürfe des BGB das Erfordernis der Offenkundigkeit auch in dieser Modalität an. Wie jede Willenserklärung könne es auch stillschweigend erfüllt werden, wobei exakt die Formulierung des ADHGB gewählt wurde[9].

---

1) Vgl. ALR I, 13 § 154; Code civil Art. 1984, 1997; ABGB § 1oo2; Zur Anerkennung des Tatbestandsmerkmals der Offenkundigkeit in der gemeinrechtlichen Praxis Wild, S. 21.
2) Sintenis, § 1o2, S. 368.
3) Jhering, Bd. 1, S. 312 und Bd. 2, S. 76.
4) Buchka, S. 23o.
5) Art. 52 Abs. 2, vgl. auch die Art. 58 Abs. 2, 114, 298 Abs. 1 ADHGB.
6) Art. 41 Abs. 2 des preußischen HGB-Entwurfs: "Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der Faktor, dessen Eigenschaft dem Dritten bekannt war, das Geschäft zwar nicht ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen hat, gleichwohl aber die Umstände ergeben, daß für das Handelsgewerbe des letzteren geschlossen wurde".
7) ADHGB-Protokolle, S. 83 f.
8) Vgl. Art. 36o ADHGB.
9) Mugdan I Motive, S. 477.

c) Die Differenzierung zwischen Auftrag und Vollmacht bzw. gesetzlicher Vertretungsmacht, §§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1

Daß die Vollmacht vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vollmachtgeber zu trennen ist, stellt bahnbrechend L a b a n d in seinem berühmten Aufsatz über "die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB" fest[1]. Wie man am Titel dieser Abhandlung sieht, wurde der Verfasser durch das ADHGB angeregt. Dessen Vorschriften über die Prokura lieferten ihm eine bisher einmalige gesetzlich durchgeführte Trennung von interner Instruktion und Vollmacht, einen festen Maßstab für eine zeitlose Konstruktion der Stellvertretung[2].

Man findet aber auch an anderer Stelle im ADHGB eine differenzierende Betrachtung von Auftrag und Vollmacht, die allerdings wie ihre Erfassung beim Prokuristen willkürlich und systemlos erscheint. Beispielsweise unterscheidet Art. 297 ADHGB grundsätzlich Antrag, Auftrag und Vollmacht als drei verschiedene Willenserklärungen. Während der Titel über Handelsmäkler mehrfach von Aufträgen und Auftraggebern spricht, bestimmt Art. 67 Abs. 2 ADHGB: "Durch die übertragene Geschäftsvermittlung ist ein Handelsmäkler noch nicht als b e v o l l m ä c h t i g t anzusehen, eine Zahlung oder eine andere im Vertrag bedungene Leistung in Empfang zu nehmen"[3]. Dagegen unterläßt es Art. 36o Abs. 3 zwischen

---

1) Laband, Stellvertretung, S. 183, 2o3 ff., 2o8 f.
Mit dieser Erkenntnis war er allerdings nicht der erste, vgl. Müller-Freienfels, Abstraktion, S. 158 ff.

2) Müller-Freienfels, aaO., S. 174.
Aus dem praktischen Bedürfnis nach einem "alter ego" des Prinzipals, wurde die nach außen nahezu unbeschränkte Prokura erstmals in Art. 52, 43 Abs. 1, 42 Abs. 2 ADHGB kodifiziert, vgl. Müller-Freienfels, aaO., S. 166 ff. Neben dem Prokuristen konstituierte sich in diesem Zusammenhang auch der Handlungsbevollmächtigte, der in einem Laden, offenen Magazin oder Warenlager angestellt ist und in einem derartigen Betrieb vorkommende Geschäfte tätigen darf, Art. 5o ADHGB; vgl. dazu auch Bauer, S. 114 u. Bucher, S. 45 f.

3) Rein zufällig wurde bei diesem Artikel die Differenzierung getroffen; der historische Gesetzgeber beabsichtigte, den Mäklerstand in Abgrenzung zum Handlungsbevollmächtigten zu belehren, ADHGB-Protokolle, S. 151. Insofern ist der Hinweis Wilds auf S. 28 f. ungenau.

Auftrag und Vollmacht zu differenzieren[1]. Während in den Vorschriften über die Prokura stets von Vollmacht und bevollmächtigen gesprochen wird, enthält die Definition des Prokuristen in Artikel 41 Abs. 1 den Ausdruck b e a u f t r a g e n, wo es statt dessen b e v o l l m ä c h t i g e n heißen müßte[2]. Schließlich wurde in der Beratung der aus dem ALR stammende Begriff des V o l l m a c h t s a u f t r a g s noch als Tautologie bezeichnet[3]. All diese Beispiele passen ins Bild. Nicht das ADHGB, sondern erst die Wissenschaft, die nach dem ADHGB den Angelpunkt in L a b a n d s Abhandlung fand[4], erfaßte demnach vollständig Auftrag und Vollmacht. Lediglich in der Prokura fand L a b a n d eine passende Vorlage, um sie zu verallgemeinern.

G e b h a r d schloß sich der Auffassung L a b a n d s an[5]. Die Motive bestimmen die Vollmacht als eine auf einem vom Auftrag gesonderten Rechtsgeschäft beruhende Ermächtigung zur Vertretung[6]. Die Protokolle weichen davon sachlich nicht ab; die Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht entbehrte bereits jeglicher Diskussion[7]. Als selbständige Verkehrslegitimation hatte sich die Vollmacht anstandslos durchgesetzt, die vom ADHGB im besonderen erstmals gesetzlich vorweggenommen wurde. Nicht nur insoweit ist der allererste Impuls vom ADHGB ausgegangen, sondern in durchgängiger Systematik verstand es schon unter Vollmacht die rechtsgeschäftlich

---

1) Laband, Stellvertretung, S. 212.
2) Hahn, § 2 zu Art. 41 ADHGB, S. 171 ff.
3) ADHGB-Protokolle, S. 744.
4) Müller-Freienfels, Abstraktion, S. 173 ff., 19o ff.
5) Gebhard, Begründung zu den §§ 34-38, S. 186 ff.
6) Mugdan I Motive, S. 478 f.
7) Mugdan I Protokolle, S. 739 ff.
Beanstandet wurde lediglich, daß die praktisch wichtigen Fälle einer Bevollmächtigung durch die Erklärung gegenüber einem Dritten im ersten Entwurf nicht genügend hervorgehoben seien. Die für notwendig erachtete Korrektur enthält § 167 Abs. 1.

erteilte Vertretungsmacht[1]. Handelte es sich dagegen um eine gesetzliche "Vollmacht", so werden die Ausdrücke "Vertreter, Vertretung, und Vertretungsbefugnis gebraucht"[2], so daß das ADHGB richtungsweisend für die Legaldefinition des § 166 Abs. 2 wurde.

d) Falsus procurator, § 179 Abs. 1

Die Beratungen zum ADHGB schlossen die Regelungslücke des ohne Vollmacht Handelnden. Da es nicht angehe, den auf die Vollmacht Vertrauenden ohne Vertrag zu belassen, müsse der Handelnde so angesehen werden, als sei er mit ihm abgeschlossen worden[3]. Die gesetzliche Garantiehaftung des vermeintlichen Vertreters aus von ihm veranlaßtem Vertrauen war erstmals mittels einer Fiktion begründet worden[4]. Zusätzlich erhielt der über die Vollmacht Getäuschte unumschränkt die Entscheidungsfreiheit, aus der verfahrenen Situation nach seinem Belieben den besten Nutzen zu ziehen. Ihm wurde nach Wahl ein Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadenersatz eingeräumt: einerseits gebe es Fälle, in denen die Klage auf Erfüllung nicht ausreiche, wenn z.B. dem falschen Vertreter langfristig ein Darlehen gegeben worden ist, die Kapitalverzinsung sich aber im Laufe der Zeit allgemein erhöht habe; andererseits genüge das Begehren auf Schadenersatz nicht, wenn beispielsweise vom "Bevollmächtigten" eine Ware gekauft wird, die der Dritte vorerst bei diesem einlagern läßt, um zu spekulieren. Dann wäre es bei steigenden Preisen schwieriger, den fast unsubstantiierbaren Schaden zu liquidieren,

---

1) Vgl. die Art. 41 Abs. 3, 47, 48, 52, 55, 56 Abs. 2, 67 Abs. 2, 135 Abs. 2, 167, 195, 296, 452 Ziff. 1, 46o Abs. 5, 495, 5o6, 787, 891 ADHGB.
2) Vgl. die Art. 86 Ziff. 4, 87, 88, 99, 115, 137, 153, 167, 196, 227, 231 ADHGB.
3) ADHGB-Protokolle, S. 91 f.
4) Vgl. dazu Schliemann, S. 25 f.
Die Grenze dieser Fiktion war die Kenntnis des Dritten, Art. 55 Abs. 2 ADHGB.

als auf Erfüllung zu pochen[1]. Zu einseitig wurden damit die Interessen des über die Vollmacht sich Täuschenden zu Lasten des falsus procurators begünstigt. Ihm wurde die Möglichkeit abgeschnitten, durch Erfüllung sich von der Inanspruchnahme auf Schadenersatz freizustellen und umgekehrt.

Der Vorentwurf des Redaktors G e b h a r d schloß sich an[2]. Wie das ADHGB stellte die erste Kommission den falsus procurator im Falle der Kenntnis des Dritten über die vermeintliche Vollmacht von der Haftung frei[3]. Die zweite Kommission erstreckt die Freistellung auf die grobe Fahrlässigkeit[4]. Schließlich unterscheidet sie den Fall der ungültigen Vollmacht, bei dem die Haftung auf das negative Interesse beschränkt wird[5]. In dieser Form erfolgte eine Korrektur der strengen Haftung nach dem ADHGB. Nur den § 179 Abs. 1 kann man daher als echte Regelungsvorlage bezeichnen. Dessen Absätze 2 und 3 sind die Ergebnisse einer weitergehenden Differenzierung der Kommissionen, wobei der Absatz 2 sein exaktes Vorbild im Schweizerischen Obligationenrecht hat[6].

4. Auslegung

a) Einer Willenserklärung, § 133

Dem Artikel 278 ADHGB, der vom Richter forderte, "bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte ... den Willen

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 96o; Art. 55, 298 Abs. 2 ADHGB; vgl. auch Art. 95 AWO.
2) Gebhard, § 42, S. 1o; vgl. dazu seine Begründung auf S. 2o6 f.
3) Vgl. Mugdan I Motive, S. 488.
4) § 146 Abs. 3, Satz 1 zweiter Entwurf; Mugdan I Protokolle, S. 752.
5) Mugdan I Protokolle, S. 75o f.
6) § 54 Schweizerisches OR.

der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften", wurde in der Beratung wiederholt die Existenzberechtigung abgesprochen. Seine Kritiker tadelten am Vorläufer des Artikels 278 im preußischen HGB-Entwurf, er enthalte eine Selbstverständlichkeit, die nicht nur auf das Handelsgeschäft zu beschränken sei. Durch die Aufnahme einer Norm würde man versucht "anzunehmen, daß hier etwas neues habe bestimmt werden sollen, und könne am Ende sogar dazu gelangen, daß selbst gegenüber den unzweideutigsten Ausdrücken Streitigkeiten über den Willen der Kontrahenten erhoben und zugelassen würden"[1].

Gegen diese Vorwürfe verteidigte sich die Mehrheit damit, daß der vorgeschlagene Artikel nicht bezwecke, "bei ganz unzweifelhaften Ausdrücken immer noch zu forschen, was die eigentliche Meinung der Kontrahenten gewesen, sondern" es soll "nur vor einer allzu pedantischen Auffassung der bei den Verabredungen der Parteien gebrauchten Ausdrücke gewarnt werden"[2]. Besonders "Kaufleute seien, wo sie als Mitglieder der Handelsgerichte thätig würden, sehr geneigt zu einer wörtlichen Auslegung der Verträge"[3]. Nicht an die Adresse des juristisch geschulten Richters war diese prozessuale Belehrung gegen den Formalismus und den Buchstabenkult des Positivismus gerichtet[4], sondern an den Laienrichter in Gestalt des literarisch vielzitierten Kommerzienrats. Konkret bekämpfte der Artikel eine Norm des ALR, der wohl gesetzespositivistisch geschlossensten Kodifikation überhaupt. Dort galt noch als Interpretationsregel, sich an "der gewöhnlichen Bedeutung der (gebrauchten) Worte und Zeichen zu orientieren"[5]. Mit ihr wurde der Partei unterstellt, daß sie stets die Ausdrücke wählt, die ihrer

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 4o7; Art. 214 Abs. 1 preußischer HGB-Entwurf.
2) ADHGB-Protokolle, S. 4o8.
3) ADHGB-Protokolle, S. 4o7.
4) Vgl. Hedemann, S. 12o f.
5) ALR I, 4 § 65.

wirklichen Absicht am meisten entsprechen. Gerade diese Unterstellung hielten die Verfasser des ADHGB zumindest für den Handel für verfehlt; dort mußte mit seinen schnell abgeschlossenen Verträgen die ausführliche, erschöpfende Erörterung und die reifliche Erwägung jedes gebrauchten Ausdrucks gegenüber der Realität Wunschvorstellung bleiben[1]. Als Korrektiv für einen in der Eile des Geschäftslebens unbedachten Ausdruck wurde die beschlossene Auslegungsregel verstanden, die den schnell entschlossenen Geschäftsmann davon befreite, jedes Wort auf die Waagschale zu legen, so daß ihm ohne Zwang zur exakten Formulierung rasch der Weg zum gültigen Vertragsabschluß geebnet wurde.

Auch die Motive des BGB verfolgten dieses Ziel; eine "strenge Wortauslegung" wurde abgelehnt[2]. Im Gegensatz zu Artikel 278 ADHGB, wo die Auslegungsregel für das Handelsgeschäft galt, bezog sie bereits der erste Entwurf auf die isolierte Willenserklärung, was einen Unterschied macht[3]. Die Mitglieder der BGB-Kommissionen sahen darin keine Abweichung; sie waren der älteren Lehre verfangen, die die Willenserklärung mit dem Rechtsgeschäft als Rechtshandlung besonderer Art gleichsetzte[4]. Aus diesem Grunde mag es nicht verwundern, wenn die Motive den Vorläufer des § 133 in Artikel 278 ADHGB sehen[5]. Trotz der augenscheinlichen Abweichung zum ADHGB hat der § 133 historisch betrachtet sein ausgemachtes Vorbild im Vierten Buch des ADHGB; die verbesserte Rechtsgeschäftslehre des ausgehenden 19. Jahrhunderts hat die Arbeit der Kommissionen nicht mehr beeinflußt.

---

1) Vgl. die Motive zu Art. 214 preußischer HGB-Entwurf, S. 1o4 f.; ADHGB-Protokolle, S. 4o7 f.
2) Mugdan I Motive, S. 437.
Gebhard, Begründung S. 274, hielt in seinem Vorentwurf eine Regelung für überflüssig.
3) § 73 erster Entwurf.
Wohl als einer der ersten erkannte Zitelmann, S. 97 f., die Diskrepanz.
4) Zu den Gründen für diese Gleichsetzung ausführlich Hammen, S. 8o ff. und 88 f.
5) Mugdan aaO.

b) Auslegung von Verträgen, § 157

Auch die zweite Interpretationsregel des preußischen HGB-Entwurfs, die forderte "in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die unter Kaufleuten geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen"[1], stieß in der Beratung der Nürnberger Konferenz auf Widerstand. Man fürchtete, hier die gerade erst beschlossene Konzeption des vorangegangenen Absatzes, die dem subjektiven Willen der Parteien zum Durchbruch verhelfen wollte, rückgängig zu machen[2]. In zweiter Lesung war man jedoch der Ansicht, daß die vorgeschlagene Norm nicht auf die Auslegung des subjektiven Willens gerichtet sei, sondern "darauf gehen müßte, was ... als Willensmeinung der Parteien anzusehen sei, wenn in einer Nebenbeziehung gar keine Erklärung derselben vorliege"[3]. Als Hebel zur Vervollständigung wollte man die beantragte Norm einsetzen. Die Handelssitte leistete die notwendige Hilfestellung, um kraft Gesetz und ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien den Vertrag zu ergänzen. Sache des Widersprechenden war es dann nachzuweisen, daß die Anwendung dieser Übung ausgeschlossen sein sollte, die Parteien also ausdrücklich etwas anderes vereinbart hatten. Der Handelsbrauch gewann positiv eine über dem Parteiwillen befindliche und von der Kenntnis der Beteiligten unabhängige Bedeutung, die sich aus dem Gesetz ergab. Vor dem berühmten Artikel 2 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts gab das ADHGB mit Artikel 279 eine Norm zur Hand, die forderte, den hypothetischen Parteiwillen heranzuziehen; auch das Postulat der Lückenfüllung suchte den gesamten Handelsverkehr zu fördern[4]. Mit ihm gelingt eine

---

1) Art. 214 Abs. 2 preußischer HGB-Entwurf.
2) ADHGB-Protokolle, S. 4o8.
Im Ergebnis führte diese Kritik vorerst zum veränderten Wortlaut des Art. 237 Abs. 2 des Kommissionsentwurfs:
"Für die Erforschung des Willens der Kontrahenten in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die unter Kaufleuten geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen".
3) ADHGB-Protokolle, S. 13o7.
4) Nicht nur als Standesrecht der Kaufleute sollte die Norm gelten, vgl. ADHGB-Protokolle, aaO.

flexible und rasche Anpassung ungeregelter Punkte an den gesamten Vertragszweck, um generell dem Schnelligkeitsbedürfnis im Warenverkehr zu dienen. Als Einfallstor für die Rechtsfortbildung war der verabschiedete Tatbestand noch nicht vorgesehen. Ganz deutlich wendete sich vor dem ADHGB H o f a c k e r in seinen Motiven zum württembergischen HGB-Entwurf gegen die Vermischung der Verkehrssitte (Handelssitte) mit dem Gewohnheitsrecht[1].

Erst die zweite Kommission des BGB nahm die Auslegungsregel des § 157 auf, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Kodifikation des Grundsatzes von "Treu und Glauben" entstand; die Entstehungsgeschichte des § 157 wurde entscheidend durch die des § 242 geprägt[2]. Ihr Bezug zum ADHGB war aus diesem Grunde verloren gegangen. Im Wortlaut des Tatbestands gewannen "Treu und Glauben" die zentrale Bedeutung. Zudem setzte die zweite Kommission die Worte "Auslegung" anstelle der umständlichen Formulierung des Artikels 279 ADHGB "in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen", die "Verkehrsitte" für "die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten". Trotz dieser Veränderung, die im wesentlichen in einer Dekommerzialisierung des Handelsbrauchs für den bürgerlichen Verkehr bestand, bleibt die Geistesverwandtschaft zum ADHGB evident; wie Artikel 279 ADHGB sollte § 157 durch Gesetz dazu anhalten, den fehlenden Parteiwillen zu ergänzen[3]. Insoweit war die Zielsetzung beider Normen identisch; ihre Verwirklichung wurde von der zweiten Kommission zum Kern der Sache, der rechtsbegründenden Funktion von Treu und Glauben, weiterentwickelt. Dem Versuch einer Kasuistik, wie er im ALR zum Ausdruck kam, aber auch dem Ideal eines geschlossenen gesetzespositivistischen Systems wurde eine Absage erteilt. Gesetzesgeschichtlich setzte dafür

---

1) Motive zu Art. 326 des württembergischen HGB-Entwurfs, S. 295. Die Ausprägung des Handelsgebrauchs als Gewohnheitsrecht mußte schon deshalb abgelehnt werden, da es nur als "gemeinsames" Handelsgewohnheitsrecht Anwendung finden konnte. Die örtlichen Handelsgewohnheiten durften aber kein partikulares Handelsgewohnheitsrecht begründen, das dem Streben nach Rechtsvereinheitlichung und Rechtssicherheit widersprach.

2) Vgl. Jakobs/Schubert, § 242, S. 49; Mugdan II Protokolle, S. 521 f.

3) Mugdan II Protokolle, S. 522.

das ADHGB mit seiner Auslegungsregel, die sich objektiv an der Handelssitte orientierte, das Fundament.

6. Fristen

a) Zivilkomputation, §§ 187, 188 Abs. 1 und 2

Einhellig sprachen sich die Verfasser des ADHGB bei der Berechnung von Fristen für das Prinzip der Zivilkomputation aus. Sie rechnet allein nach vollen Kalendertagen, Monaten und Jahren, nicht aber nach kleineren Zeiteinheiten. Eine Frist beginnt folglich am Anfang eines Kalendertages, eines Monats oder Jahres und endet mit deren Schluß. Verworfen wurde damit die umständliche, natürliche Fristberechnung, die exakt von Moment zu Moment, Minute zu Minute oder Stunde zu Stunde des jeweiligen Tages rechnet, in dessen Zeitraum das maßgebende Anfangsereignis fällt[1]. Damit entsprach man dem praktischen Bedürfnis nach Klarheit und Überschaubarkeit des Fristablaufs. Die Konsequenz der Zivilkomputation ist es, den Tag, in dessen Verlauf das Anfangsereignis oder der Anfangszeitpunkt liegt, außer Ansatz zu lassen[2]. Dessen Berücksichtigung würde den Vorteil der Übersichtlichkeit beseitigen, weil man dann eine kleinere Zeiteinheit als den vollen Kalendertag - wenn auch nur zu Beginn der Frist - bejaht hätte; der Grundgedanke der Zivilkomputation zeichnet sich dadurch aus, daß der Tag nicht als ein durch wandelbare Anfangs- und Endmomente begrenzter Zeitraum von vierundzwanzig Stunden betrachtet wird, sondern als ein stets begrenzter Zeitraum von Mitternacht zu Mitternacht. G e b h a r d hielt daran fest und nahm zusätzlich den Fall auf, wenn der Beginn des Tages für den Anfang der Frist maßgebend ist. Dann wird

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 584, 1365.
Die natürliche Berechnungsweise ist ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn sich die Frist nach Stunden oder kleineren Zeiteinheiten bemißt.
2) Art. 328 Abs. 1 Nr. 1 ADHGB; vgl. zuvor schon Art. 32 AWO.

dieser Tag ganz im Sinne der Zivilkomputation mitgerechnet[1]. In den BGB-Kommissionen wurden letztlich sprachliche und redaktionelle Verbesserungen vorgenommen[2].

b) Die Rechnung von Datum zu Datum, § 188 Abs. 2 und 3

Bei einer Frist, die nach Wochen, Monaten oder Jahren bemessen ist, wurde die bequeme Berechnungsweise von Datum zu Datum an Stelle einer exakten Addition kodifiziert[3]. Da sie den Endpunkt des Zeitraums sofort an die Hand gibt, ohne daß es einer lästigen mit der Gefahr von Fehlern verbundenen Zählung bedarf, erwies sie sich als äußerst anschaulich. Deshalb hatte sie ihren gesetzlichen Durchbruch bereits im Code de commerce und in der AWO erlangt[4].

Als systematische Ergänzung läßt sich allein der Art. 328 Abs. 1 letzter Halbsatz ADHGB verstehen. Fällt der Beginn der Frist auf einen Tag, der im Endmonat fehlt, z.B. auf einen Tag nach dem 28. Februar, dann läuft mit dem letzten Tag des Monats, also dem 28. Februar, die Frist ab.

c) Halber Monat, § 189; Fristverlängerung § 19o

Die Legaldefinition für die Fristbezeichnung "halber Monat", der sich auf fünfzehn Kalendertage beläuft, schrieb sich aus der AWO kommend über das ADHGB fort[5].

Im Zusammenhang mit der im kaufmännischen Verkehr üblichen Prolongation von befristeten Verbindlichkeiten, entstand ferner eine klärende Auslegungsregel für die Fristverlängerung.

---

1) Gebhard, § 3 Abs. 2, erster Halbsatz, S. 28.
2) Mugdan I Motive, S. 5o8 f., Protokolle, S. 766 f.
3) Art. 328 Abs. 1 Nr. 2 ADHGB.
Unterschiedliche Ergebnisse bringt die exakte Addition, wenn jeder Monat gleichbleibend mit dreißig Tagen bemessen wird, Mugdan Motive I, S. 5o9.
4) Art. 132 Code de commerce; Art. 32 AWO.
5) Art. 32 Abs. 2 AWO; Art. 328 Abs. 2 Satz 1 ADHGB.

In der Regel wurde sie lediglich durch kurze Vermerke erteilt, so daß es problematisch werden konnte, sie exakt zu bestimmen[1]. Erst nach Ablauf der alten Frist begann die verlängerte demnach regelmäßig zu laufen[2].

d) Fristverlängerung bei Sonn- und Feiertagen, § 193

Im Einklang mit der AWO zollte die preußische Vorlage zum ADHGB der Sonntagsruhe Tribut. Sie legten den Zeitpunkt der Erfüllung, wenn er auf einen Sonn- oder allgemeinen Feiertag fiel, auf den nächsten Werktag[3]. Auch das ADHGB konkretisierte das Dritte Gebot[4]. Sowohl der Vorentwurf als auch der erste Entwurf zum BGB enthielten in dieser Hinsicht keine Regelung. G e b h a r d verstrickte sich in seiner ablehnenden Begründung in Allgemeinplätzen und überließ die Entscheidung dem Schuldrecht[5]. Dort sucht man aber vergeblich nach einer Norm, die sich für die Sonntagsruhe aussprach.

Gegen ihre Mißachtung erhob sich einhellige Kritik. Sie nahm sich die Vorlage aus dem ADHGB zum Vorbild[6]. Bei aller Betonung dieser zunächst gewerblichen Forderung war die soziale Komponente der Sonntagsruhe in einer Zeit von Kinderarbeit und Zwölfstundentag ungleich wichtiger[7]. Der Appell auf Sonntagsruhe galt diesen Schichten vorerst aber nur indirekt. Angesprochen war in erster Linie die unternehmerische Initiative. Erst den Mitgliedern der zweiten Kommission rückte die "berechtigte Zeitströmung auf größere Heilighaltung der

---

1) Motive zu Art. 246 Abs. 2 des preußischen HGB-Entwurfs, S. 128.
2) Art. 333 ADHGB.
3) Art. 92 Abs. 1 Satz 1 AWO; Art. 244 des preußischen HGB-Entwurfs.
4) Es differenziert aber zwischen Erfüllungsfrist und -ereignis, Art. 33o Abs. 2 und 329 ADHGB. Im ersten Fall endet die Frist am vorausgehenden Werktag.
5) In der Sache zutreffend war dagegen sein Hinweis auf die unterschiedliche Feiertagsordnung, Gebhard, Begründung zu den §§ 2-5, S. 3o3.
6) Mayer, S. 936 ff.; Gierke, Entwurf, S. 173; zur Kritik der Handelskammern vgl. Bähr, Ursula, S. 68, 1o9 f.
7) Vgl. das Gothaer Programm der Sozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands von 1875 Punkt 4, Verbot der Sonntagsarbeit, Treue, S. 63.

Sonn- und Festtage sowie auf die Sonntagsruhe für die arbeitenden Klassen" ins Bewußtsein[1]. Eine Art historischer Kompromiß zwischen religiösen und sozialen Forderungen hatte die handelsrechtliche Wurzel in den Hintergrund gedrängt. Deshalb wurde auch auf die näherliegenden Bestimmungen der Reichsjustizgesetze Bezug genommen[2]. Die vom Reichstag eingesetzte Sonderkommission verlegte den Standort der Norm in den Allgemeinen Teil. Den Ausschlag dafür gab ihr Gehalt als Auslegungsregel, obwohl man ihren obligatorischen Charakter sah[3]. Gleichzeitig wurde mit einer knappen Mehrheit ihr Regelungsbereich auf die Abgabe einer Willenserklärung erstreckt. Die unterlegene Minderheit argumentierte, gerade die arme Bevölkerung, die sechs Tage in der Woche arbeite, sei allein auf den Sonntag angewiesen, ihre rechtlichen Angelegenheiten zu regeln[4]. Ob mit der Einbeziehung der Willenserklärung wieder ein Teil der sozialen Konzeption der Sonntagsruhe rückgängig gemacht wurde, läßt sich schwerlich sagen.

---

1) Mugdan I Protokolle, S. 768.
2) Vgl. §§ 2oo Abs. 2 ZPO, 43 Abs. 2 StPO.
3) Mugdan I Protokolle, S. 77o.
4) Mugdan I Kommissionsbericht, S. 971 f.

II. Im allgemeinen Schuldrecht

1. "Mittlere Art und Güte", § 243 Abs. 1

Aus dem ALR kommend, schrieb sich der Erfüllungsmaßstab der m i t t l e r e n A r t u n d G ü t e fort[1]. Zwar beschränkte man ihn im ADHGB nicht ausdrücklich auf die Gattungsschuld. Dennoch war Art. 335 ADHGB allein für die Gattungsschuld konzipiert, weil die m i t t l e r e A r t u n d G ü t e begrifflich nur auf sie paßt und die Stückschuld im Handelsverkehr eine untergeordnete Rolle spielt; im modernen Kaufrecht dominiert der Gattungskauf[2]. Insoweit wurde der § 243 Abs. 1 nicht nur terminologisch vom ADHGB beeinflußt, sondern fand dort bereits sein inhaltliches Vorbild.

2. Leistungszeit, § 271 Abs. 1

Sowohl das ALR als auch der Code civil enthielten keine Regelung hinsichtlich der Leistungszeit. Unbestritten galt für beide Rechtskreise, daß ohne Vereinbarung die Leistung sofort fällig und erfüllbar war[3]. Den Konsens beider Rechtsgebiete schrieb das ADHGB fest[4]. Ein gesetzliches Defizit wurde damit ausgefüllt, was nicht störte und an die Möglichkeit erinnerte, den Umsatz zu beschleunigen.

Die erste BGB-Kommission ließ den für selbstverständlich erachteten Vorbehalt des ADHGB zu Gunsten des Einzelfalls

---

1) ALR I, 5 § 275; Art. 335 ADHGB.
2) Rabel, Warenkauf Bd. 1, S. 65.
3) Vgl. Kübel, Begründung zu § 1 der Vorlage Nr. 23, Teil 1, S. 833.
4) Art. 326 ADHGB; vgl. zuvor schon § 9o4 ABGB und § 987 des Zürcher PGB.

fallen, bis ihn schließlich die Vorkommission des Reichsjustizamts wieder ausdrücklich mit der sofortigen Fälligkeit und Erfüllbarkeit verankerte[1].

3. Kein Abzug des Zwischenzinses, § 272

Falls eine Leistungszeit vereinbart worden war, der Schuldner die Leistung aber vor Fälligkeit bewirkte, war er nicht berechtigt, einen Diskont in Abzug zu bringen[2]. Dem Schuldner blieb es verwehrt, sich über die vorzeitige Erfüllung eine Prämie zu verschaffen. Der Gläubiger durfte auf den obligationsmäßigen Umfang der Erfüllung beharren; man könne ihn nicht dazu zwingen, eine um den Inhalt seiner Forderung geminderte Leistung anzunehmen. Die Bezahlung der Schuld vor Fälligkeit geschehe ja aus freien Stücken[3]. K ü b e l schränkte den Gehalt der Norm allerdings auf die unverzinsliche Schuld ein, was unbeanstandet blieb[4].

In der Vorkommission des Reichsjustizamts stellte P l a n c k den Antrag, die Bestimmung ersatzlos zu streichen. Aus systematischen Gründen und unter ausdrücklichem Hinweis auf die Vorlage aus dem Handelsrecht, wurde der Antrag abgelehnt[5]. Wie so oft hatte mit Hilfe des ADHGB eine Regel der Kritik standgehalten. Ihre wirtschaftliche Zielsetzung, dem Gläubiger zur Gewinnmaximierung zu verhelfen, stand im Vordergrund.

---

1) Jakobs/Schubert, § 272 S. 193, 198.
Nicht dagegen ist der § 271 Abs. 2 BGB im ADHGB enthalten. Ganz im Gegenteil blieb es nach Art. 334 Abs. 1 ADHGB grundsätzlich offen, zu wessen Gunsten die Zeitbestimmung vereinbart wurde. Insoweit ist die Feststellung Rießers, der durch die "Brille der Kommerzialisierungstheorie" auch ihn aus dem ADHGB entspringen läßt, falsch, vgl. Rießer, S. 47.

2) Art. 334 Abs. 2 ADHGB.

3) Kübel, Begründung zu § 2 Abs. 2 der Vorlage Nr. 23, Teil 1, S. 837.

4) Für den Fall der verzinslichen Verbindlichkeit müsse eine Regelung bewußt offengelassen werden, weil dies eine Frage des Parteiwillens, vorrangig des Gläubigerinteresses, sei, vgl. Kübel, aaO., S. 838.

5) Jakobs/Schubert, aaO., S. 198.

Dennoch dient die Einräumung eines Vorabzugs diesem Ziel mindestens genauso; die durch die frühe Bezahlung erzielte Umsatzbeschleunigung ist oft ökonomisch sinnvoller als die volle Liquidation nach Fälligkeit, was die Praxis im geschäftlichen Alltag beweist. Die Bewilligung eines Diskonts bei Zahlung innerhalb einer kurzen Frist bzw. dessen stillschweigende Duldung blieb bis heute eine weitverbreitete Sitte, so daß der § 272 weitgehend leerläuft.

4. Der allgemeine Leistungsort, § 269 Abs. 1 und 2

Vorrangig das Interesse nach Rechtsvereinheitlichung und damit nach Rechtssicherheit forderte für die Entscheidung über den Leistungs- bzw. Erfüllungsort eine klare und durchgehende Bestimmung, um für Usancen und partikulare Regeln möglichst wenig Raum zu belassen[1]. Um ihn zu bestimmen, schlug der preußische HGB-Entwurf folgende Abstufung vor. In erster Linie sei die Parteivereinbarung entscheidend, falls sie fehle, die Natur des Schuldverhältnisses im Zusammenspiel mit der mutmaßlichen Intention der Parteien, hilfsweise sei dann, wenn sich auf diese Weise keine Lösung finde, der Ort der Handelsniederlassung und schließlich der Wohnort des Schuldners maßgebend[2]. In der Beratung wurden die subsidiären Erfüllungsorte der Handelsniederlassung und des Wohnorts dahingehend präzisiert, daß der entscheidende Zeitpunkt, um ihn festzulegen, der des Vertragsabschlusses bleibe[3]. Im übrigen sah man in der vorgeschlagenen Reihenfolge eine allgemein einleuchtende Ordnung[4], die den

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 583 f.

2) Art. 241 Abs. 1 und 3 des preußischen HGB-Entwurfs lautete:
"Die Erfüllung des Vertrages muß an dem Orte geschehen, welcher im Vertrage bestimmt ist oder nach der Natur des Geschäfts und der Absicht der Kontrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist.
.....
Außer diesem Falle hat der Verpflichtete an dem Orte seiner Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung an seinem Wohnorte zu erfüllen".

3) ADHGB-Protokolle, S. 588.
Man verhinderte damit den Verwirrung schaffenden, flexiblen Erfüllungsort, den der Schuldner durch den Wechsel der Handelsniederlassung oder des Wohnsitzes hätte erzeugen können; vgl. Art. 324 ADHGB.

4) Motive zu Art. 241 aaO., S. 126.
Als Ausnahme wurde die Geldschuld anerkannt, die dem Gläubiger angeboten werden mußte, ADHGB-Protokolle, S. 584.

charakteristischen Eigentümlichkeiten der verschiedenen Obligationen und ihrer Vielgestaltigkeit Rechnung trage[1]. Die Aufnahme des Wohnorts des Schuldners als Erfüllungsort an Stelle dessen fehlender Handelsniederlassung macht die allgemein zivilrechtliche Ausrichtung der Norm deutlich. Auch für den Schuldner ohne Handelsniederlassung, den Nichtkaufmann, sollte eine Regelung getroffen werden, die im Vergleich zu den vorangestellten Erfüllungsorten ungleich wichtiger wurde.

In einer etwas unglücklichen Formulierung schloß sich der Vorentwurf zum BGB im wesentlichen an[2]. Die erste Kommission schob vor den subsidiären Erfüllungsort den des mutmaßlichen Parteiwillens[3], dessen Normierung von der Vorkommission des Reichsjustizamtes als entbehrlich erachtet wurde, weil er im allgemeinen Begriff "der Umstände des Einzelfalls" enthalten sei[4]. Die völlige Übereinstimmung zum Erfüllungsort des ADHGB stellte die zweite Kommission wieder her, indem sie vor den Wohnort des Schuldners den Ort seiner Handelsniederlassung entkommerzialisiert ins bürgerliche Recht einfügte[5]. Somit gelangte eine aus dem ADHGB stammende, originäre Regelungsvorlage ins BGB, die aus dem dringenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit ihren Anstoß bekam.

---

1) So Kübel in seiner Begründung zu den §§ 1 und 2 der Vorlage Nr. 24, Teil 1, S. 824.
2) In scheinbarer Abweichung zum ADHGB läßt Kübel die Natur und Beschaffenheit der Leistung vor dem Parteiwillen gelten; sie könne auf den Leistungsort einen derartigen Sachzwang ausüben, wie z.B. beim Grundstückskauf, so daß für die Disposition kein Raum bleibe, Begründung, §§ 1 und 2, aaO., S. 817.
3) Dazu kritisch Seuffert, S. 15.
4) Jakobs/Schubert, § 27o, S. 181 f., 188.
5) Mugdan II Protokolle, S. 525; Jakobs/Schubert, aaO., S. 191 f.

5. Leistungsort der Geldschuld, § 27o Abs. 1, 2 und 4

In der ersten Beratung des ADHGB beabsichtigte man die Geldschuld als Bringschuld auszugestalten; bei Zahlungen müsse prinzipiell an den Berechtigten "offeriert werden"[1]. Auf die Entscheidung für die Bringschuld kam die Nürnberger Kommission mehrfach zurück[2]. "Man fürchtete, daß dem Gläubiger mit dieser Statuierung des Zahlungsortes an seinem Wohnsitz nach einzelnen partikulare Prozeßordnungen hier ein Gerichtsstand für seine Klage gegen den Schuldner eingeräumt würde. Das aber sollte vermieden werden. Bei dem alten Prinzip des a c t o r s e q u i t u r f o r u m r e i mußte es bleiben. Der Schuldner sollte dagegen geschützt sein, außerhalb seines Wohnsitzes verklagt zu werden, wenn er sich nicht ausdrücklich unterworfen hatte. In die einzelstaatlichen Prozeßordnungen wollte man offenbar nicht eingreifen. So wurde der Satz angefügt, daß mit der Anordnung der Zahlung beim Gläubiger der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners in betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert werde"[3]. Mit ihm wurde eine künstliche Loslösung des Zahlungsortes vom Erfüllungsort erreicht, um nicht einzelstaatliche Prozeßordnungen zu beeinflussen[4].

Materiell verstand man die Geldschuld nach wie vor als Bringschuld: "Der Schuldner hatte das Geld dem Gläubiger auf seine Gefahr und Kosten an dessen Wohnsitz zu 'übermachen'. Das war mehr als das bloße 'Übersenden' der Ware beim Versendungskauf nach Art. 344 ADHGB und bedeutete, daß das Geld dem

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 584; Art. 27o Abs. 3 des Kommissionsentwurfes lautete:
"Geldzahlungen, mit Ausnahme der Auszahlung von indossablen oder auf Inhaber lautenden Papieren, sind an dem Orte zu leisten, an welchem der Berechtigte zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte".
2) ADHGB-Protokolle, S. 588 ff., 1363 ff., insbesondere S. 1371 ff.
3) v. Caemmerer, S. 6; vgl. Art. 325 Abs. 2 ADHGB.
4) Nußbaum, S. 74.

Gläubiger zu bringen war. Der Schuldner trug Kosten und Risiko der Übermittlung des Geldes"[1]. Das entspricht auch in der modernen Welt der Verkehrssitte. Die Versendung von Geld ist "bequemer als die Einziehung am fremden Ort. Deshalb wird die Übernahme dieser Leistung durch den Schuldner regelmäßig vorausgesetzt"[2]. Ferner hat die Behandlung der Geldschuld als Bringschuld den Vorzug der Einfachheit : "Der Zahlungszeitpunkt ergibt sich ohne Schwierigkeit. Barzahlung und bargeldlose Zahlung können nach den gleichen Prinzipien behandelt werden. Der Schwerpunkt der Zahlung liegt dort, wo der Gläubiger das Geld zu bekommen hat. Von wo und in welcher Weise es übermittelt und wie die Zahlung veranlaßt wird, ist im modernen Zahlungsverkehr weitgehend austauschbar und dem Belieben des Zahlers überlassen. Der Geldschuldner hat bei dieser Lösung dafür zu sorgen, daß es in die Hände des Gläubigers gelangt, wobei er das Risiko des funktionierenden Zahlungsverkehrs trägt"[3].

Auch bei der Schaffung des BGB hatte man die Absicht, die Geldschulden mit Rücksicht auf die moderne Verkehrssitte als Bringschuld auszugestalten. Die Motive des Redaktors K ü b e l nahmen dafür den Art. 325 ADHGB zum Vorbild und ordneten ihn unmißverständlich der Bringschuld zu[4]. Der Weg für eine klare Regelung zu Gunsten der Bringschuld wäre auch frei gewesen, weil das Reich jetzt die Kompetenz zur Zivilprozeßgesetzgebung besaß. Dennoch scheute man sich, ihn über das Verfahrensrecht zu bahnen, d.h. den Gerichtsstand des Erfüllungsorts zum Schutze des Geldschuldners dort besonders

---

1) v. Caemmerer, S. 7.
Ob die Übergabe an den Gläubiger auch für die Rechtzeitigkeit der Leistung maßgebend sein sollte, bleibt entgegen der Ansicht v. Caemmerers zweifelhaft, da ja der Leistungsort nicht nur hinsichtlich des Gerichtsstandes, sondern auch in sonstiger Beziehung nicht geändert wurde, vgl. den Normtext des Art. 325 Abs. 2 letzte Alternative ADHGB. Insoweit deutete sich schon dort die sogenannte "qualifizierte Schickschuld" an; dazu v. Caemmerer, S. 8 ff.

2) Heck, S. 24.

3) v. Caemmerer, S. 4.
Nicht vergessen darf man, daß es neben dem einheitlichen Zahlungsort noch keine gemeinsame Geldordnung bestand. Noch 1871 gab es im deutschsprachigen Raum sechs verschiedene Zahlungssysteme, Pohl, Volkswirtschaft, S. 2.

4) Begründung zu § 2 der Vorlage Nr. 24, Teil 1, S. 829. Mugdan II Motive, S. 19 f.

zu regeln[1]. Statt dessen wurde an Bestehendes angeknüpft und nicht der langwierigere Weg über eine ZPO-Novelle gegangen. Man erinnerte sich in der Vorkommission des Reichsjustizamtes und in der zweiten Kommission der naheliegenden Lösung des ADHGB, die sich ja rund dreißig Jahre eingebürgert hatte. Ohne ernsthafte Widerstände wurde sie akzeptiert[2]. So kam es zu unserer unnatürlichen Konstruktion des Zahlungsortes. Dem zur Zeit der Entstehung des ADHGB zersplitterten Verfahrensrecht, der dadurch dort konstruierten und vom Verkehr akzeptierten Lösung und der Scheu der BGB-Verfasser, ihr zu Gunsten einer Verfahrensnorm zu entsagen, haben wir den § 27o Abs. 1, 2 und 4 letztlich zu verdanken.

6. Recht der Leistungsstörungen

a) Die Möglichkeit zwischen Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu wählen, §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 325 Abs. 1

Der preußische HGB-Entwurf ging bewußt vom überkommenen Grundsatz ab, daß der Gläubiger bei einer vom Schuldner zu vertretenen Nichterfüllung nur auf Erfüllung und Ersatz des Verzögerungsschadens klagen könne. Statt dessen wurde ihm eine Alternative geboten : den Vertrag gerichtlich aufheben zu lassen, um den durch die Nichterfüllung verursachten Schaden insgesamt zu beanspruchen[3]. Zur Begründung dieser

---

1) Nußbaum, S. 74.
Eine Rolle spielte dabei auch die bei der Beratung zum ADHGB ausschlaggebende Befürchtung, daß ein Gerichtsstand des Gläubigerwohnsitzes nicht geschaffen werden dürfe, Mugdan II Protokolle, S. 525.

2) Jakobs/Schubert, § 27o, S. 188 f.
Erst die Kommission des Reichsjustizamtes deutete die differenzierende Lösung des Art. 325 ADHGB richtig und stellte auf einen Antrag Jacubezkys hin die Weichen in Richtung Übereinstimmung mit der handelsrechtlichen Vorlage. In der zweiten Kommission kam dann noch der Zusatz hinzu, daß die allgemeine Regel des Leistungsorts unberührt bleibt; vgl. auch Eberhard, S. 76 ff. und 88 ff.

3) Art. 25o des preußischen HGB-Entwurfs lautete:
"Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher von Seiten eines oder von Seiten beider Theile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsgemäß erfüllt, so hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten, oder bei Gericht Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz

Neuerung wurde darauf verwiesen, daß das aus dem römischen Recht übernommene gemeinrechtliche Prinzip, nur auf Erfüllung klagen zu dürfen[1], juristisch konsequent sei, man dem Gläubiger aber dennoch ein Wahlrecht geben müsse, weil es für ihn eine auch vom französischen Recht anerkannte billigenswerte Lösung sei[2]. Sehr häufig würde bei verspäteter oder nicht gehöriger Erfüllung der ganze Zweck des Vertrags vereitelt. Eine nachträglich erzwungene Erfüllung sei dann für den Gläubiger wertlos geworden und manchmal sogar mit Verlusten verbunden. Zum Ausgleich dafür verspreche neben dem Erfüllungsverlangen die Klage auf Ersatz des Verzögerungsschadens keinen ausreichenden Schutz, was sich verstärkt im Handelsverkehr zeige, wo die Konjunktur sich schnell verändern könne[3]. Das hier durchschlagende Argument der Zweckverfehlung hielt B i s c h o f f für ausreichend, radikal mit dem gemeinrechtlichen Erfüllungsprinzip zu brechen[4].

Die Kritik an der preußischen Vorlage richtete sich gegen diesen Bruch mit der gemeinrechtlichen Tradition aber auch gegen den zu hohen Abstraktionsgrad der Norm. Sie hatte insoweit Erfolg, als sich die Konkretisierung der preußischen Vorgabe abzeichnete, die dann im Ergebnis zu einer reinen Kaufrechtsvorschrift führte[5]. Das im kaufmännischen Verkehr

---

zu fordern".
Vgl. zum preußischen Vorschlag auch Scherner, S. 156, 174 ff. und Hoffmann-Burchardi, S. 124 f. - Zeitlich vor ihm hatte schon Art. 325 des württembergischen HGB-Entwurfs die Option zu Gunsten des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung eröffnet.

1) Vgl. Windscheid, Bd. 2, § 321 Ziff. 2, S. 2o9 ff.
2) Art. 1184 Code civil.
3) Motive zu Art. 25o bis 253 des preußischen HGB-Entwurfs, S. 13o.
4) Scherner, S. 176 und Leser, S. 12.
5) Art. 354, 355 ADHGB; ADHGB-Protokolle, S. 59.
Die Mehrheit der Versammlung sträubte sich dagegen, das Fixgeschäft wie den Fall der einseitigen Vorleistung über eine allgemeine Norm abzuwickeln.

längst anerkannte Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzte sich aber durch. Da der Kaufmann immer auf eine bestimmte Frist hin disponiere und daran andere Geschäfte knüpfe, dürfe man ihm nicht zumuten, nach ihrem Ablauf die Leistung in Empfang zu nehmen[1]. Im Kern wurde mit dieser der wirtschaftlichen Interdependenz Rechnung tragenden Argumentation unterstellt, daß alle Handelskäufe Termingeschäfte seien. Die möglichst schnelle Wiederherstellung der Dispositionsfreiheit nach dem geplatzten Termin war die eigentliche Triebfeder für den neuen Behelf[2].

In der zweiten Beratungsrunde wurde erstmals ein dritter Weg aus der Leistungsstörung vorgeschlagen : der einfache Rücktritt vom Vertrag, der nicht als minus im Schadenersatz wegen Nichterfüllung enthalten ist, sondern den Vertrag aufhebt, so daß das Geleistete zurückgefordert werden konnte[3]. Man hatte ihn bisher durch die "schikanöse" Annahmeverweigerung und der gerichtlichen Entscheidung über ihre Rechtmäßigkeit erreicht, die den in Verzug befindlichen Schuldner häufig von einem Prozeß zurückschrecken ließ, so daß er die geschuldete Leistung nicht mehr erbringen mochte. Diesem gewohnheitsmäßigen Zustand wollte man eine gesetzliche Regelung des Rücktritts vorziehen[4].

Die Gegner des Rücktritts machten dem Gläubiger die Möglichkeit streitig, frei zwischen ihm und dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu disponieren, um eine Änderung der Konjunktur auszunutzen; wenn sie fällt, werde der Verkäufer die Ware auf Rechnung des sich mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befindlichen Käufers verkaufen, wenn sie steigt aber zurücktreten, um sie auf eigene Rechnung zu verkaufen, so daß noch

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 595.
2) Leser, S. 12.
3) ADHGB-Protokolle, S. 14o9 f.
   Zu den namhaften Rechtsgelehrten der Zeit, die im Schadenersatz wegen Nichterfüllung den Rücktritt enthalten sahen, Scherner, S. 15o.
4) ADHGB-Protokolle, S. 6o1.

nachträglich ein erhöhter Gewinn erwirtschaftet werden könne[1]. Diese Argumentation erwies sich aber als Wasser auf den Mühlen der Befürworter des Rücktritts. Dem Gläubiger sollte gerade nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, den höheren Gewinn zu machen. Ihm mußte es erlaubt bleiben, anderweitig über die Ware zu verfügen, um sie schnell in Geld umzusetzen und um noch im Verzug des Schuldners zur größtmöglichen Gewinnmaximierung zu gelangen[2]. Nichts anderes als das ökonomische Prinzip hatte mit dieser als Bumerang durchschlagenden Argumentation dem vom Schadensersatz isolierten Rücktritt zum Sieg verholfen. Damit gaben die Artikel 354, 355 ADHGB dem Käufer bzw. Verkäufer ein dreifaches Wahlrecht : sie konnten zwischen Erfüllung plus Schadenersatz, Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt wählen[3]. Absolut neu war dabei die klare Abgrenzung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt[4].

K ü b e l hielt dem Grundsatz nach an der vom ADHGB vorgegebenen Palette von Wahlmöglichkeiten fest. Im Gegensatz zum ADHGB machte er das Abgehen vom Erfüllungsanspruch von dessen Nachweis der Unzumutbarkeit und des Zweckfortfalls abhängig[5]. Zur Begründung griff er auf die gemeinrechtliche Doktrin und die deutsche Gerichtspraxis zurück, die von jeher den Rücktritt nur unter der Voraussetzung zuließen, daß die vertragstreue Partei das wesentliche Interesse an der Erfüllung des

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 14o7.
2) ADHGB-Protokolle, S. 14o8, 4594.
Lange, S. 31, bezeichnet diese an der gesamtwirtschaftlichen Lage sich orientierenden Rechtsbehelfe die "Büttel des Egoismus"; in Zeiten der Wirtschaftskrise sind sie eine harte Waffe des Handels gegen den Hersteller, in der Prosperität wird umgekehrt der Hersteller sich vom Vertrage freimachen zu versuchen, um einen gewinnbringenderen abzuschließen.
3) Der Verkäufer durfte die Ware allerdings noch nicht übergeben haben, Art. 354 ADHGB; vgl. auch Becker, S. 5 ff.
4) So auch Scherner, S. 179, 216 und Leser, S. 13 f.
5) § 28 der Vorlage Nr. 22, Teil 1, S. 853.
Freilich ist es Kübels Verdienst, daß das Wahlrecht von der reinen Kaufrechtsvorschrift des ADHGB weg zum allgemeinen Prinzip der Leistungsstörung erhoben wurde.

Vertrages verloren hatte[1]. Nachdem daran auch der erste BGB-Entwurf anknüpfte, war ein beliebtes Argument gegen den Interessennachweis ein schon in der Praxis entschiedener Fall, wonach er dann überhaupt nicht geführt werden könne, wenn die geschuldete Leistung eine Geldleistung sei, denn an ihr habe der Gläubiger immer Interesse[2]. Aufgrund dieser Benachteiligung des Verkäufers fiel der Interessennachweis in der Beratung des Reichsjustizamtes. Er nötige den Verkäufer stets zu einem Prozeß; allein die rechtskräftige Verurteilung könnte sonst die gewünschte Rechtsfolge, vom Vertrag abgehen zu dürfen, bewirken[3]. In Abweichung zum gemeinen Recht hatte man damit das in den Artikeln 354, 355 ADHGB niedergelegte Wahlrecht übernommen[4].

b) Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, § 326 Abs. 1 Satz 1

Im Gegensatz zu Art. 325 des württembergischen HGB-Entwurfs[5] konnte nach dem preußischen Vorschlag für das ADHGB der Erfüllungsanspruch nur unter Mitwirkung eines Richters in

---

1) Kübel, Begründung zu den §§ 1-7 der Vorlage Nr. 22, Teil 1, S. 866 ff.
Zum Dresdner Entwurf und anderen partikularen Entwürfen, die ein Abgehen vom Vertrag dem Grundsatz nach ablehnten, Scherner, S. 2o1 und Leser, S. 26 ff.

2) Hachenburg, S. 119; Lehmann, S. 5 ff.; Becker, S. 8 f.; vgl. die Entscheidung des AG Celle, S. 2o ff.

3) Jakobs/Schubert, §§ 325 bis 327, S. 474.
Besonders im Falle eines insolventen Käufers, gegen den die Klage auf Erfüllung von vornherein unnütz ist, zeige sich besonders kraß die Unbilligkeit des Interessenwegfalls, Jakobs/Schubert, aaO., S. 479; Mugdan II Protokolle, S. 64o.

4) So auch Hoffmann-Burchardi, S. 133, 139 f. und 16o; Scherner, S. 2o4; Leser, S. 1o: "Im ADHGB von 1861 wurde für das deutsche Recht der entscheidende Schritt getan".

5) Dazu Hoffmann-Burchardi, S. 123 ff.

einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung umgewandelt werden[1]. Allein er könne alle Zweifel hinsichtlich des Verzugs präjudiziell ausräumen, um nachfolgenden prozessualen Erörterungen über diese Frage vorzubeugen[2]. Unterstellt wurde mit diesem Erfordernis, daß sich hinter jedem Fall der Leistungsstörung ein Prozeß verberge, falls vom Gläubiger beabsichtigt wird, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umzuschwenken.

Die Widersacher der richterlichen Mitwirkung fürchteten den nicht zu vermeidenden Zeitverlust, der zunehme, wenn das Gericht dem Schuldner rechtliches Gehör gewähre und dieser darauf Einreden erhebe. Dadurch dränge man den vertragstreuen Teil in einen Rechtsstreit, der ihm sowohl für den Vertrag als auch für den Verzug die Beweislast aufbürde. Beim Fixgeschäft sei schließlich die Mitsprache des Richters völlig sinnlos[3]. Nach ihrer Ansicht sollte auch hier für den Staat das absolute Gebot aufgestellt werden, seine Richter an bevormundenden Eingriffen in die vertragsändernde Rechtsgestaltung zu hindern.

Nicht beim Schuldnerverzug, sondern bei der Diskussion über den Annahmeverzug deutete sich zunächst noch zaghaft ein Kompromiß an, der zwischen beiden Lagern zu vermitteln suchte : die Androhung seitens des Gläubigers, die sich dann gegen Ende der Diskussion zum Erfordernis der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohnung erweiterte. Dort wurde sie an Stelle der richterlichen Mitwirkung schließlich akzeptiert[4].

---

1) Art. 25o des preußischen HGB-Entwurfs ist auf S. 39, FN 3, abgedruckt.
2) ADHGB-Protokolle, S. 593.
3) ADHGB-Protokolle, aaO.
4) ADHGB-Protokolle, S. 596, 6o6, 632.
Wie beim Schuldner- und Annahmeverzug ging es bei der Diskussion über die Verwertung eines Pfandes auch um die Frage der richterlichen Mitwirkung. Hier wurde sie aus dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes befürwortet, ADHGB-Protokolle, S. 47o ff., insbesondere S. 474 ff.

Vorerst noch recht vorsichtig wurde dann versucht, den beim Annahmeverzug gefundenen Kompromiß auch auf den Schuldnerverzug zu projizieren. Erst die allgemein gefundene Erkenntnis, daß die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ein taugliches Korrektiv sei, um eine zu überraschende Spekulation des Gläubigers zu verhindern, verhalf ihr auch bei der Leistungsstörung zum Durchbruch[1].

An Stelle des für unbillig erachteten Interessennachweises tauchte die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung in der Vorkommission des Reichsjustizamtes aus der Versenkung auf, wo sie auch die Entscheidung für das Wahlrecht des Gläubigers nach einer Leistungsstörung positiv beeinflußte[2]. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung flankiert es zum Schutz des Schuldners. Erst wenn dieses vom Gläubiger zu setzende Erfordernis durch Zeitablauf erfüllt ist, kann der Gläubiger über die frei gewordenen Mittel von neuem disponieren. Mit ihr wurde, wie schon im ADHGB, in bezug auf das Wahlrecht extrem wirtschaftsliberalistischem Rechtsgeist, aber auch der staatlichen Kontrolle eine Absage erteilt.

c) Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung beim eigentlichen Fixgeschäft, § 361

Bei den Beratungen zum ADHGB entzündete sich Streit an der Frage, ob es überhaupt einer Regelung des Fixgeschäfts bedürfe[3]. Man bemängelte, daß man aus anderen Gesetzbüchern kein Vorbild entnehmen könne. Den Grund für die fehlende Anknüpfungsmöglichkeit an vergleichbaren Normen sah man darin, alle einschlägigen Fälle über die Vorschriften des Annahme-

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 14o3 f., 14o8 f.; vgl. Art. 356 ADHGB.
2) Jakobs/Schubert, §§ 325-327, S. 475.
3) Der heute gebräuchliche Begriff des Fixgeschäfts tauchte erst in den Beratungen zum Dresdner Entwurf auf, OR-Protokolle, S. 4ooo.

und Leistungsverzugs zu lösen[1].

Die gegenüber einer Aufnahme des Fixgeschäftes positiv eingestellten Kommissionsmitglieder wollten dagegen jene Verträge gesetzlich regeln, bei denen ein besonderer Akzent auf der Zeit liege, in denen immanent eine Erlöschensklausel enthalten sei, falls der Zeitbestimmung nicht entsprochen werde. Sie könnten unmöglich wie gewöhnliche Kaufverträge beurteilt werden; abgesehen vom Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestünde nach dem Termin kein Vertrag mehr, der auf Erfüllung abziele. Zwar lasse es sich nicht leugnen, daß es Schwierigkeiten bereite, ein sicheres tatbestandliches Kriterium zu finden, um die zu regelnden Verträge von denen mit einfacher Zeitbestimmung abzugrenzen. Eine Bestimmung sei jedoch notwendig, um eine bestehende Lücke auszufüllen[2]. Diese Argumentation mündete nach der ersten Beratung in eine Norm, die - von ihrer spezifisch handelsrechtlichen Ausrichtung und ihrem verbindlichen Charakter abgesehen - dem heutigen § 361 recht nahe kam. In ihr wurde die Entbehrlichkeit einer vorhergehenden Anzeige und einer Rücktrittserklärung festgeschrieben[3].

Die zweite Lesung dehnte ihren Anwendungsbereich, der sich zunächst nur auf Waren mit einem Börsen- oder Marktpreis bezog, auf alle Warengeschäfte aus, um zu einer vollständigen Lückenfüllung zu gelangen[4]. Durch die verabschiedeten Regeln

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 68o f.
Vor dem ADHGB enthielt aber schon das Zürcher PGB Regeln über das Fixgeschäft, §§ 14o1 f.; vgl. Richter, S. 136.
2) ADHGB-Protokolle, S. 678.
3) Art. 3o2 Abs. 1 des Kommissionsentwurfs lautete:
"Ist die Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen, die einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, zu einer fest bestimmten Zeit, nicht früher oder nicht später, bedungen, so kann jeder Kontrahent, wenn der andere Theil nicht erfüllt, auch ohne vorherige Anzeige, vom Vertrage abgehen und Schadensersatz verlangen, vorausgesetzt, daß er selbst thatsächlich zu erfüllen bereit war".
4) ADHGB-Protokolle, S. 141o f.

der Leistungsstörung beim Kauf bedingt, wurde in dritter Lesung nochmals der Versuch unternommen, die neu geschaffene Norm ersatzlos zu streichen. Sie fülle keine Lücke aus, sondern wiederhole die durch die Versammlung gerade erst beschlossenen Vorschriften über den Schuldnerverzug; über sie komme man zum gleichen Ergebnis, weil aus der Natur des Fixgeschäfts die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich sei. Allein der Eintritt des Verzugs, den man nicht rückgängig machen könne, berechtige daher schon beim Fixgeschäft zum Rücktritt[1]. Die Mehrheit entschied jedoch, den Verzug beim eigentlichen Fixgeschäft nicht über die für überflüssig erachtete Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zu lösen, sondern Aufschluß in einem besonderen Paragraphen zu geben, der dem Schuldner absolut die Möglichkeit nehme, den Verzug zu beseitigen; dem Gläubiger dürfe bei der Säumnis des Schuldners beim Fixgeschäft keine reelle Erfüllung mehr aufgedrängt werden[2]. Mit dieser Rechtsschöpfung des ADHGB wurde über die für überflüssig erachtete Fristsetzung dem dringenden Bedürfnis der Wirtschaft nach Planung und Berechenbarkeit, das sich anschaulich im kaufmännischen Termingeschäft offenbart, Rechnung getragen. Neben diesem der zeitlichen Dominanz dienenden Ziel überging man schlicht die Frage der allgemeinen Verzugsvoraussetzungen, insbesondere die des Verschuldens.

Der Vorentwurf des BGB nahm die Rechtsschöpfung des ADHGB auf[3]. Zwischenzeitlich hatten andere Kodifikationen das

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 4599 ff.
Allerdings wurde eine Anzeige seitens des Gläubigers für notwendig erachtet, welche Verzugsfolge er wähle, da verhindert werden müsse, daß er auf Kosten des Schuldners zu lange spekuliere, ADHGB-Protokolle, S. 4600; vgl. dazu den § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB.

2) ADHGB-Protokolle, S. 4601; Art. 357 Abs. 1 Satz 1 ADHGB.
Die Umschreibung des eigentlichen Fixgeschäfts hatte sich zwischenzeitlich auch zu der gewandelt, wie wir sie heute in den §§ 361 BGB und 376 Abs. 1 HGB vorfinden.

3) Kübel, § 3 der Vorlage Nr. 2c, Teil 1, S. 371.
Da die Regel sich vom gewöhnlichen Fall dadurch unterscheide, das eine Nachholbarkeit der Leistung ausgeschlossen sei, wurde sie nicht bei der Leistungsstörung, sondern unter der Rubrik "Rechte und Verpflichtungen aus Verträge" angesiedelt, vgl. Kübel, Begründung zu § 3, aaO., S. 385.

praktische Bedürfnis nach einer Norm sogar über den Handelsstand hinaus anerkannt und entsprechende Bestimmungen rezipiert[1]. In der Vorkommission des Reichsjustizamtes rückte der Gedanke des Schuldnerschutzes in den Vordergrund. Einem Antrag P l a n c k s folgend, wurde dem Schuldner das Recht eingeräumt, vom Gläubiger Klarheit darüber zu bekommen, ob er nach dem Termin noch auf Erfüllung bestehe; auf Kosten des Schuldners dürfe der Gläubiger nicht die gesamte Verjährungszeit spekulieren[2].

Im Bundesrat kam es dann zur letzten grundsätzlichen Auseinandersetzung über das Fixgeschäft. Wie in der Nürnberger Konferenz argumentierte man, daß die allgemeinen Verzugsfolgen ausreichten, um eine Störung zu bewältigen. Das Bedürfnis für eine Regel bestehe nur für den Handelsverkehr, soweit es sich um Waren oder Wertpapiere mit Markt- oder Börsenpreis handle. Die im Entwurf stehende Vorschrift würde aus ihrer Diskrepanz zum Fixhandelskauf des ADHGB zu einem verwickelten Rechtszustand führen, der sich nachteilig auf den Verkehr auswirke. Als Bevollmächtigter des Landes Preußen stellte S t r u c k m a n n im Bundesrat den Antrag, die vorgeschlagene Norm ersatzlos zu streichen. Durch ihren Gesandten H e l l e r wies die bayerische Regierung auf die Gefahr einer Gesetzeslücke hin, da die gewöhnlichen Verzugsregeln den Rücktritt eben nur bei Verzug, der bekanntlich Verschulden voraussetze, erlaubten. Es verbleibe aber ein Rest von Fällen, bei denen der Gläubiger auch ohne Verschulden des Schuldners zurücktreten dürfe. Sie könne man mittels einer Auslegungsregel erfassen[3]. Darauf erwiderte S t r u c k m a n n , ob man am Verschuldenserfordernis festhalte oder nicht, sei ohne Belang, da diesbezüglich den

---

1) § 865 des sächsischen BGB, Art. 152 des Dresdner Entwurfs, Art. 123, 124 des Schweizerisches OR.

2) Jakobs/Schubert, (§ 361), S. 449; vgl. auch Mugdan II Protokolle, S. 631.
Das Schweigen des Gläubigers auf die an ihn ergangene Aufforderung, sich zu erklären, wurde als Ablehnung fingiert, § 278 zweiter Entwurf; vgl. dazu Jakobs/Schubert, §§ 325-327, S. 477 ff.

3) Jakobs/Schubert, §§ 325-327, S. 485.

Schuldner die Beweislast treffe. Der Entlastungsbeweis gelänge aber selten[1]. Das durch S t r u c k m a n n eingeführte neue Argument der Beweislasterleichterung kam jedoch zu spät. Gegen die Stimmen Preußens, Badens und der Hansestadt Lübeck wurde der Vorschlag H e l l e r s akzeptiert, mittels einer Auslegungsregel die Diskrepanz zum Fixhandelskauf abzurunden[2]. Ihr entschärfter Charakter als Auslegungsregel bewog schließlich die Reichstagskommission, sie systematisch an den Schluß des vertraglichen Rücktrittrechts zu stellen[3].

Aus der Entstehungsgeschichte des § 361 bleibt festzuhalten, daß er seine Wurzeln im Fixhandelskauf des ADHGB hat. Bis zur endgültigen Regelung im BGB stellte sich ständig die Frage nach der Existenzberechtigung einer Norm. Für den Handelsverkehr wurde sie wegen des dort gewichtigeren Termingeschäfts bejaht[4]. Das BGB dagegen sagt mittels der von H e l l e r vorgeschlagenen Auslegungsregel eingeschränkt "ja", wobei dieser in den Beratungen erstmals ihre Verschuldensunabhängigkeit betonte. Das war von den Verfassern des ADHGB noch nicht klar herausgearbeitet worden. Sie hatten lediglich das Erfordernis der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung fallengelassen. Nur insoweit besteht ein direkter tatbestandsmäßiger Strang zum BGB.

7. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, § 276 Abs. 1 Satz 2

Das ADHGB verwarf die Abstufung der Fahrlässigkeit, wie sie sich zuvor in den großen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts widergespiegelt hatte[5]. Selbst im Gefüge einseitiger

---

1) Jakobs/Schubert, aaO., S. 486.
2) Jakobs/Schubert, aaO.
3) Mugdan II Kommissionsbericht, S. 1276.
4) Vgl. auch die Erläuterung Bluntschlis zu § 1401 des Zürcher PGB, S. 376 f.
5) Motive zu Art. 216 des preußischen HGB-Entwurfs, S. 106; vgl. dazu auch Hoffmann, S. 157 ff.

Handelsgeschäfte wurde man generell verpflichtet, die "Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" anzuwenden[1]. Mit dieser Symbolfigur kam ein abstrakter Sorgfaltsmaßstab zum Ausdruck: "... es handle sich hier nicht durchweg von der Sorgfalt desjenigen, den man im gewöhnlichen Leben einen Kaufmann von höherer Bildung zu nennen pflege, sondern von der Sorgfalt eines ordentlichen Gewerbsmannes, von dem Stand und Gewerbe, welchem die jeweils in Frage stehende Person angehöre"[2]. Die Fahrlässigkeit hatte sich demnach objektiv an der jeweiligen Berufsgruppe zu bemessen, die wie beim Kaufmann noch über die Figur des Frachtführers, Reeders, Schiffers, Kommissionärs, Spediteurs und des Versendungskäufers zum Ausdruck gebracht wurde[3]. Nicht persönliche Vorwerfbarkeit war hier gemeint, sondern ein Zurückbleiben des Schuldners hinter objektiv-typischen Erscheinungen des Handelsverkehrs. Die Tendenz des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts zur Typisierung schlug mittels einer weitgehenden Ablösung der Ersatzpflicht von der konkret-persönlichen Schuld voll durch.

K ü b e l schrieb den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab mit der Übersetzung des römischen "bonus pater familias" fort, wobei er nachdrücklich auf den "ordentlichen Kaufmann" des Handelsverkehrs verwies. Allerdings lehnte er es ab, diesen Maßstab gleichsam auf alle Schuldverhältnisse anzuwenden, sondern er behielt es sich vor, je nach Geschäftstypen zu differenzieren[4]. Diesen Vorbehalt verlagerte der erste Entwurf in die einzelnen Schuldverhältnisse des besonderen Schuldrechts. Als Grundsatz blieb der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab im allgemeinen Schuldrecht unbestritten. Mit spitzer

---

1) Art. 282 ADHGB.
2) ADHGB-Protokolle, S. 13o9.
3) Art. 397, 399, 464, 478, 361, 38o, 344 ADHGB.
4) Kübel, Begründung zu § 197 Satz 1 der Vorlage Nr. 13, Teil 1, S. 748 ff. Das ADHGB kannte nur im Art. 94, der unserem heutigen § 7o8 BGB entspricht, eine graduelle Abstufung der Fahrlässigkeit.

Feder richtete sich die Kritik nur gegen dessen Umschreibung über das Ideal des "sorgsamen Hausvaters"[1]. Sie bereitete den Boden für die Entscheidung der Vorkommission des Reichsjustizamtes vor, ihn endgültig aus dem Gesetzestext zu verbannen. An seine Stelle trat die "Außerachtlassung der nöthigen Sorgfalt (Fahrlässigkeit)"[2]. In der zweiten Kommission gebrauchten dann erstmals S t r u c k m a n n und v. M a n d r y den Begriff "der im Verkehr üblichen Sorgfalt", der sich dann, um die Gefahr eines eingerissenen Schlendrians auszuscheiden, zur schärferen "erforderlichen Sorgfalt" wandelte[3]. An Hand dieser zeitgemäßeren Definition schrieb das BGB den im Handel üblichen Fahrlässigkeitsmaßstab fort. Von einer originären Regelungsvorlage kann aber nicht die Rede sein, da bereits der Code civil und das gemeine Recht von ihm ausgingen[4]. Sein gesamtdeutsches Inkrafttreten machte ihn aber haltbarer und beseitigte weitgehend eine Differenzierung nach Geschäftstyp. Der Standort im BGB "vor der Klammer" schließlich entspricht dem im Vierten Buch des ADHGB, wo besonders bei den Artikeln 278 ff. erstmals allgemeine Lehren vorweggenommen wurden[5].

8. Die Zurechnung des Fremdverschuldnes, § 278, ist keine Regelungsvorlage des ADHGB

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts galt es, die Auswirkungen eines sich mobilisierenden Wirtschaftslebens juristisch in den Griff zu bekommen. Die fortschreitende Arbeitsteilung wirkte sich dabei nicht nur auf das Institut

---

1) Gierke, Entwurf, S. 38 f.; Menger, S. 2o2 f.; vgl. auch Hoffmann, S. 182 und Kästner, S. 158 f. jeweils m.w.N.
2) Jakobs/Schubert, §§ 276-278, S. 254 f.
3) Jakobs/Schubert, aaO.; vgl. Deutsch, S. 16.
4) Art. 1136, 1137 Code civil; Windscheid, Bd. 1, § 1o1, S. 26o; Bd. 2, § 265, S. 53 f.
5) Vgl. dazu auch Lipp, S. 19.

der Stellvertretung aus, sondern auch auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten. An eine ganze Hierarchie von Hilfspersonen wurde sie zunehmend delegiert, so daß die persönliche Erfüllung durch den Schuldner zur Ausnahme wurde. Wie aber sollte der Schaden abgewickelt werden, den der Gehilfe anläßlich seiner Erfüllungshandlung verursachte? Der Grundsatz, daß nur der unmittelbare Schädiger haftpflichtig zu machen sei, mußte den Dienst versagen, zumal die Hilfsperson meist nicht vermögend war; er basierte auf der Vorstellung eines individuell überschaubaren Verantwortungsbereichs, die "den typischen Erscheinungen der kapitalistischen Wirtschaftsentwicklung, arbeitsteiliger Herstellungsverfahren, Aufhebung der direkten Verbindung von Produzent und Verbraucher als Folge mehrstufiger Verarbeitungsprozesse, komplizierte Verteilungsmechanismen etc." nicht mehr gerecht werden konnte[1].

Der preußische HGB-Entwurf reagierte auf die wirtschaftssoziologische Veränderung. In der Absicht "auf die Sicherheit des Verkehrs" Rücksicht zu nehmen, schlug er vor, den Prinzipal grundsätzlich für den Schaden, den sein Personal verursachte, verantwortlich zu machen[2]. Als zu weitgehend wurde dieser Gedanke schon nach der ersten Lesung auf den Prokuristen und den Handlungsbevollmächtigten für ihren in "Ausführung eines Geschäfts" zugefügten Schaden eingeschränkt[3]. Bis schließlich in dritter Lesung diese Vorschrift hauptsächlich wegen ihres für deutsche Verhältnisse ungewöhnlichen

---

1) Ogorek, S. 68. Sie fährt fort:
"Wo die technischen und ökonomischen Bedingungen es gestatteten, eminente Schadensrisiken zu setzen, ohne selbst im juristischen Sinne 'tätig' zu werden, bedurfte es neuer Zurechnungskriterien, welche unabhängig vom traditionellen Handlungs- und Schuldbegriff den haftungsrechtlichen Bogen vom geistigen, bzw. wirtschaftlichen Urheber einer schadenstiftenden Handlung über seine Hilfspersonen, die unmittelbaren Schädiger, zum Betroffenen spannten".
Statistische Angaben zur strukturellen Veränderung des Handwerks in diesem Bereich finden sich bei Pohl, Betriebsorganisation, S. 95 f. und Nipperdey, S. 211 ff.

2) Vgl. die Motive zu den Art. 49 Abs. 2 und 58 Abs. 2 des preußischen HGB-Entwurfs, S. 28 und 34.

3) ADHGB-Protokolle, S. 84 ff., 89; Art. 52 des Kommissionsentwurfs.

Charakters verworfen wurde[1]. An dieser Stelle hatten die Väter des ADHGB die historische Chance verpaßt, mit einer neuen Rechtsschöpfung auf die sich wandelnden wirtschaftlichen Verhältnisse zu reagieren.

Beim Spediteur, Reeder und Frachtführer allerdings wurde für ihren speziellen Bereich eine Haftungszurechnung gefunden, die der des § 278 entspricht. Dort ging es um das Problem, ob sich der Spediteur das Fremdverschulden seines Frachtführers zurechnen lassen muß, oder ob er lediglich für die unsorgfältige Auswahl haftet[2]. Der preußische Vorschlag legte den umfassenden französischen Haftungsmaßstab zu Grunde[3]. Er biete dem Kaufmann den großen Vorteil, daß er sich mit Schadensersatzansprüchen an seinen Vertragspartner halten könne, den er kennt und dessen Zahlungsfähigkeit berechenbar ist. Die Inanspruchnahme des ihm unbekannten Frachtführers gestalte sich dagegen in der Beweisführung schwieriger[4]. Selbstverständlich blieb diese für den Speditionskaufmann recht einschneidende Lösung nicht ohne Widerspruch. Die durch sie bewirkte umfassende Haftung gehe zu weit. Häufig habe es der Spediteur nicht in der Hand, unter verschiedenen Transporteuren auszuwählen. Mitunter müsse er sich eines Monopols -wie der Eisenbahn- bedienen, oft aber gerade den Frachtführer benutzen, der an der Reihe sei, wenn z.B. die Reihenschiffahrt üblich ist[5]. Diese Argumentation überzeugte, wenn auch nur eine knappe Mehrheit von neun gegen acht Stimmen[6]. Die strenge Haftung des französischen Rechts wurde

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 4518 f.; vgl. Goldschmidt, Verantwortlichkeit, S. 379 ff.
2) Die Beantwortung dieser Frage hing eng damit zusammen, ob der Spediteur Werkunternehmer, so die französische Doktrin, oder ob er lediglich Vermittler einer Frachtgelegenheit sei, was nach den gemeinen Recht strittig war, vgl. Ogorek, S. 75, FN 26.
3) Art. 3oo Abs. 1 des preußischen HGB-Entwurfs; Art. 1384 Code civil.
4) ADHGB-Protokolle, S. 753.
5) ADHGB-Protokolle, S. 755.
Der Vergleich mit einem Taxistand drängt sich auf.
6) ADHGB-Protokolle, S. 759.

verworfen. Der Spediteur hatte lediglich für sein Auswahlverschulden einzustehen[1].

In Abweichung dazu wurde beim Frachtgeschäft, wo die Zurechnungsproblematik gleichfalls zur Entscheidung anstand, nahezu einstimmig die umfassende Haftung des französischen Rechts festgeschrieben[2]. Der Frachtführer verpflichte sich selbst, die Ware an einen anderen Ort zu schaffen. Wie er dabei vorgehe, sei seine Sache. Gleichgültig bleibe es, ob er den Transport eigens, durch seine Leute oder durch andere Unternehmen ausführen lasse[3]. Nicht als Kommissionär oder Makler, sondern als Werkunternehmer wurde er qualifiziert, der für die erfolgreiche Beförderung der Ware an den Bestimmungsort umfassend und persönlich einzustehen hatte. Von diesem im Gegensatz zum Spediteur unterschiedlichen Ansatz gelangte das ADHGB zu einer unterschiedlichen Zurechnung des Fremdverschuldens. Nur im Rahmen der andauernden Erfüllungspflicht des Frachtführers war es erheblich. Wenn auch nur im Regelungsbereich von Frachtführer und Spediteur, der aber praktisch immer mehr an Bedeutung gewann, zogen die Verfasser des ADHGB exakt die Grenze, wie wir sie zwischen den §§ 278 und 831 haben. Ihre Argumentation entsprach damit moderner Doktrin. Nur scheinbar spiegelte sich deshalb im ADHGB die römisch-rechtliche Rezeptenhaftung wider[4].

---

1) Art. 38o ADHGB.

2) ADHGB-Protokolle, S. 818.
Die strenge Haftung traf auch den Reeder, der allerdings nicht für das Verschulden des Lotsen haftete; dessen Mitwirkung wurde ihm ja aufgedrängt, Art. 451, 736, 74o ADHGB.

3) ADHGB-Protokolle, S. 816 f.
Ausnahmsweise hafte der Frachtführer beschränkt auf die culpa in eligendo, wenn er zusätzlich die Verpflichtung übernommen hat, dafür zu sorgen, daß die Ware von dem ihm aufgegebenen Bestimmungsort weiter geschafft werden soll. Bei der Erfüllung dieser Nebenabrede handle er dann lediglich als Vermittler.
Vgl. auch die Kritik an der Differenzierung des ADHGB von Dahn, S. 61 ff., der sich generell für die strenge Haftung aussprach.

4) So Goldschmidt, Verantwortlichkeit, S. 287, 38o; Ogorek, S. 75, FN 27, S. 83.

Bevor K ü b e l in einem Vorentwurf zum BGB Stellung beziehen konnte, wurde er von den Ereignissen überholt[1]. Die bereits begonnene Beratung billigte etwas modifiziert einen Antrag des Kommissionsmitglieds v. W e b e r, der darauf abzielte, eine allgemeine Norm über die Zurechnung von Fremdverschulden aufzunehmen[2]. Mit praktischem Verstand gegenüber der Gehilfenhaftung in einer modernen Industriegesellschaft holte die vielgeschmähte erste Kommission das Versäumnis des ADHGB nach: Habe der Schuldner die Leistung versprochen, so sei darin eine Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten derjenigen enthalten, die der Schuldner zur Erfüllung heranziehe[3]. Als eindeutiges und unmittelbares Vorbild diente für die Aufnahme der allgemeinen Einstandspflicht des Geschäftsherrn der Art. 115 des Schweizerischen Obligationenerechts, der damals erst im Entwurf existierte. Da die Motive allein auf ihn Bezug nahmen und die Entstehungsgeschichte der Fracht- und Speditionsbestimmungen im ADHGB abseits lag, muß ein Einfluß des ADHGB auf die Kommissionsmitglieder als äußerst gering gewertet, wenn nicht sogar verneint werden. Es gilt einem Irrtum entgegenzutreten, dem manche Autoren unterliegen : Der § 278 wurde nicht aus dem ADHGB entnommen[4].

9. Schutz des gesamten Interesses einschließlich des entgangenen Gewinns, §§ 249 Satz 1, 252

Wie bei der Objektivierung der Fahrlässigkeit wurde die Festsetzung des Schadensumfangs, den ein Schädiger zu ersetzen

---

1) Kübel, Begründung zu Art. 638 des Dresdner Entwurfs in der Vorlage Nr. 6, Teil 2, S. 678.
2) Jakobs/Schubert, §§ 276-278, S. 243; zum damaligen Stand der Dogmatik Ogorek, S. 76 ff.
3) Jakobs/Schubert, aaO., S. 244.
Laband, Entwurf, S. 187, brachte die ratio der Norm auf den Nenner: "Wer den Unternehmergewinn hat, muß auch das Unternehmerrisiko tragen. Demgemäß muß der Schuldner für seine Leute (Erwerbsgehilfen, Dienstboten, Arbeiter) einstehen".
4) Vgl. die zum falschen Ergebnis kommende Pauschalisierung Rießers, S. 38, die sich bis ins Jahr 1983, vgl. Schmidt, S. 29, FN 11, fortsetzt.

hatte, von dessen konkret-persönlicher Schuld gelöst. Das ADHGB beseitigte die partikularen Gesetze, die den Umfang der Schadensersatzpflicht nach Art und Grad des Verschuldens staffelten[1]. Unabhängig davon haftete der Schädiger auf das gesamte Interesse des Gläubigers, mit Einschluß des entgangenen Gewinns. Die Schadensberechnung hatte sich damit ganz von der romanistisch-naturrechtlichen Ermittlung entfernt[2].

Der Vorentwurf schloß sich dieser Klarstellung an[3]. Allerdings komme als entgangener Gewinn "nur derjenige in Betracht, welchen der Beschädigte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den getroffenen Veranstaltungen oder Vorkehrungen erwarten konnte"[4]. Von dieser Einschränkung abgesehen, hat das BGB den vom ADHGB vorweggenommenen Anspruch auf die gesamte Integrität bestätigt. Dem Gläubiger wurde die Möglichkeit eröffnet, auch bei geringster Fahrlässigkeit zur totalen Wiedergutmachung zu gelangen, die auch die dynamische Größe des entgangenen Gewinns mitumfaßt. Dessen Einbeziehung auch im bürgerlichen Rechtsverkehr ist ein typisches Signal des 19. Jahrhunderts; es gab dem allgemeinen Bedürfnis nach Profit freie Bahn.

1o. Vertragsstrafe

a) Das Wahlrecht des Gläubigers, § 34o Abs. 1 Satz 1

Die preußische Vorlage verwarf für den Schuldner die Möglichkeit, sich seiner Verbindlichkeit durch Zahlung der

---

1) Art. 283 ADHGB; ADHGB-Protokolle, S. 13o9; vgl. z.B. die Staffelung im ALR I, 6 §§ 1o ff. und die §§ 1323, 1324, 1331, 1332 des ABGB.
2) Wieacker, Industriegesellschaft, S. 5o.
Die dogmatische Geburtsstunde geht auf die Handelsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zurück, vgl. Raisch, Abgrenzung, S. 17, 43 f.
3) Kübel, § 14 Abs. 1 der Vorlage Nr. 15, Teil 1, S. 655; vgl. dazu auch die Begründung zu § 14, aaO., S. 715.
4) Kübel, § 18 der Vorlage aaO., S. 656; vgl. Otto, S. 2o9, 224: "Das Recht auf Ersatz des entgangenen Gewinns ist deswegen noch lange keine Schraube ohne Ende".
Zur Beratung des § 253 auch Jakobs, S. 143 f.

vereinbarten Vertragsstrafe zu entledigen[1]. Sie habe nicht den Charakter eines Reugeldes, mit dem der Schuldner sich von seiner Erfüllungspflicht freikaufen könne[2]. Schon H o f a c k e r erkannte den verkehrsfeindlichen Zug des Reurechts, der jede Verabredung zu einem künftigen Vertrag unmöglich mache; der Gläubiger wird sich hüten, erneut auf das Erfüllungsversprechen des Schuldners zu vertrauen. Er hatte daher keine Bedenken, das Reurecht des Schuldners gänzlich abzuschaffen[3]. Ein umfassender Schutz des Gläubigers, dem allein die Vertragsstrafe diene, wurde damit erreicht[4]. Sämtliche BGB-Entwürfe schrieben das Wahlrecht für den Gläubiger, sich zwischen Strafe und Erfüllung zu entscheiden, fort[5].

b) Die Höhe der Vertragsstrafe begrenzt den Umfang des Schadens nicht, § 34o Abs. 2 Satz 2

Auch bei der Geltendmachung des die Vertragsstrafe übersteigenden Schadens setzte sich die Gläubigermacht durch. Entgegen den großen Naturrechtskodifikationen, die die Vertragsstrafe als pauschalierten Schadenersatz qualifizierten[6], wurde bei den Beratungen zum ADHGB vorgeschlagen, den Schadensumfang nicht auf ihre vereinbarte Höhe zu beschränken, da sie sich sonst in das abgelehnte Reugeld zurückverwandle; bleibe der Schaden auf den Umfang der Vertragsstrafe begrenzt, brauche der Schuldner einfach nur die Erfüllung unterlassen, um so von der auf sie abzielenden

---

1) Art. 217 Abs. 2 des preußischen HGB-Entwurfs; ALR, I 5 §§ 311 f.
2) ADHGB-Protokolle, S. 41o, 412.
3) Motive zu Art. 294 des württembergischen HGB-Entwurfs, S. 253.
4) Art. 284 Abs. 2 ADHGB.
5) Statt aller Vorschläge in den BGB-Entwürfen Kübel, § 6 der Vorlage Nr. 19, Teil 1, S. 321; vgl. auch Jakobs/Schubert, §§ 34o-342, S. 538, 544.
6) Vgl. ALR I, 5 §§ 292 f., 3o1, Art. 1229 Code civil und § 1336 des ABGB.

Verpflichtung automatisch frei zu werden. Das aber könne nicht Sinn der Konventionalstrafe sein, die einzig den Schutz des Gläubigerinteresses bezwecke. Ihr Betrag enthalte lediglich die Festsetzung des Mindestschadens[1].

Der Vorentwurf schloß sich dem handelsrechtlichen Vorbild an[2], das auch die folgenden Entwürfe zum BGB bestätigten[3]. Mit dem ADHGB hatte sich die Vertragsstrafe vom pauschalierten Schadensersatz endgültig zugunsten der gemeinrechtlichen Theorie gewandelt. Sie wurde nicht mehr als Surrogat für die Erfüllung, sondern allein als Zwangsmittel des Gläubigers zur Durchsetzung seines Erfüllungsanspruchs angesehen.

11. Draufgabe

a) Ihre Anrechnungs- bzw. Rückgabepflicht, § 337 Abs. 1

Die preußische Vorlage fürs ADHGB bezeichnete ganz in der Tradition des ALR die Draufgabe als "Angeld", als eine Abschlagszahlung auf den geschuldeten Betrag. Im Zweifel sei sie eine bei Vertragsschluß bewilligte Teilleistung,

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 411, 1312; Art. 284 Abs. 3, 398 ADHGB. Mit dieser Regelung entsprach das ADHGB der gemeinrechtlichen Doktrin, vgl. Windscheid, Bd. 2, § 285, S. 1o2 f.

2) Kübel, § 7 der Vorlage Nr. 19, Teil 1, S. 322. Aus der Vereinbarung einer Vertragsstrafe könne nicht gefolgert werden, daß der Gläubiger darauf verzichte, den die Strafe übersteigenden Schadensbetrag geltend zu machen; er ist zum Zeitpunkt des Vertragsschluß nicht überschaubar, da meist die Anhaltspunkte fehlen, um den gesamten Schaden vollständig zu bemessen, Begründung zu § 7, aaO., S. 343.

3) In der zweiten Kommission sah man durch eine entgegengesetzte Regel die Gefahr begründet, daß sich im Verkehr möglichst hohe Strafsummen einbürgern, Mugdan II Protokolle, S. 718.

eine Art Vorschuß auf die Leistung, der falls er sich nicht anrechnen läßt, dem Schuldner erstattet werden müsse[1]. Der Gehalt dieser Regelung stellte ein Stück Wettbewerbsfreiheit sicher. Mit ihr hatte der Kampf gegen den "heimlichen Warenhandel" in Gestalt des den Wettbewerb verzerrenden Zugabewesens bereits begonnen[2]. Sowohl der Vorentwurf als auch die folgenden Entwürfe hielten daran fest und gaben der Draufgabe noch den Zweck, als Beweiszeichen für den Abschluß des Vertrags zu dienen. Wird er durch die Bewirkung der Leistung anerkannt, so verliere die Draufgabe ihre Funktion, so daß sie auf die Leistung anzurechnen oder gegebenenfalls zu erstatten sei[3].

b) Sie ist kein Reugeld, § 336 Abs. 2

Auch bei der Auslegung, die der Draufgabe den Charakter eines Reugelds absprach, folgte das ADHGB dem ALR[4]. Ihre Aufnahme ins BGB haben wir aber unmittelbar dem Umstand zu verdanken, daß die Mitglieder der zweiten Kommission einen konträren Standpunkt des alten deutschen Rechts bekämpfen wollten[5]. Die Klarstellung, die zuvor schon im ADHGB erfolgte, reichte ihrer Ansicht nach noch nicht aus. Dennoch bleibt dessen Beitrag zum heute weitgehend leerlaufenden Institut der Draufgabe sichtbar: Er beschränkte sich auf die Tradition der Normen aus dem ALR.

---

1) Art. 218 des preußischen HGB-Entwurfs; Art. 285 Abs. 2 ADHGB; ADHGB-Protokolle, S. 415 f.; vgl. ALR I, 5 §§ 2o6 f., 213 ff.
2) Vgl. Benöhr, S. 215. - Der Höhepunkt im Kampf gegen das Zugabewesen ist in der Zugabeverordnung von 1932 zu erblicken.
3) Kübel, Begründung zu den §§ 1-3 der Vorlage Nr. 19, Teil 1, S. 324.
4) Art. 285 Abs. 1 ADHGB; ALR I, 5 §§ 21o ff., 312.
5) Mugdan II Protokolle, S. 715 f.

12. Quittung

a) Quittierungspflicht des Gläubigers, § 368

Bei der Pflicht des Gläubigers, den Empfang der Leistung zu quittieren, knüpfte das ADHGB an entsprechenden Vorbildern bei den kaufmännischen Wertpapieren an[1]. Mit dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs, das mit den neueren Gesetzgebungen anerkannt worden sei, begründete sie K ü b e l[2].

Gegen die Auffassung, daß die Quittierungspflicht mittels eines Zurückbehaltungsrechts durchgesetzt werden könne, richtete sich in der zweiten BGB-Kommission ein Antrag J a c u b e z k y s, weil es dem Verkehr Fesseln anlege. Das Bedürfnis des Schuldners nach Beweissicherung stufte man jedoch höher ein[3]. Dem Primat der Verkehrserleichterung wurde das Zurückbehaltungsrecht und mit ihm die Quittierungspflicht nicht geopfert.

b) Die Quittung ist eine schriftliche Vollmacht, § 37o

Als Regelungsvorlage, die ihre Wurzel im ADHGB findet, ist die Ermächtigung des Überbringers einer Quittung einzuordnen, die Zahlung in Empfang zu nehmen[4]. Sie entstand im Kontext unseres heutigen § 56 HGB; wie beim Angestellten in einem Laden könne auch beim Überbringer einer Quittung von niemanden verlangt werden zu überprüfen, ob tatsächlich eine Legitimation vorhanden sei. Vielmehr entspreche es einem Handelsbrauch, die Gelder mittels Quittung einzukassieren. Da im übrigen die Mißbrauchsgefahr als gering eingestuft wurde, schrieb die Nürnberger Kommission diesen Vertrauenstatbestand erstmals fest[5]. Wiederum begünstigte man mit

---

1) Art. 3o3 Abs. 3, 3o1, 3o2 ADHGB; vgl. Art. 39 Abs. 1 AWO aber auch ALR I, 16 §§ 86, 1o1 und § 1426 ABGB.
2) Kübel, Begründung zu § 8 der Vorlage Nr. 27, Teil 1, S. 1o39.
3) Jakobs/Schubert, §§ 368-37o, S. 643; Mugdan II Protokolle, S. 544.
4) Art. 296 ADHGB; vgl. aber schon zuvor den Art. 8o Abs. 1 und 2 des württembergischen HGB-Entwurfs.
5) ADHGB-Protokolle, S. 956, 1322 f.

dieser Entscheidung die betriebliche Arbeitsteilung. Dem Prinzipal wurde es ermöglicht, alle Angestellten einschließlich des untergeordneten Hilfspersonals mit rechtsverbindlicher Wirkung nach außen für sich einzusetzen.

Erst die Vorkommission des Reichsjustizamts griff diesen Vertrauenstatbestand unter direktem Bezug zum ADHGB auf die "Leistung" verallgemeinert wieder auf[1]. Nicht nur der Handelsverkehr habe einen Bedarf nach einer derartigen Erleichterung und Sicherung[2]. Dem Schutz des Schuldners, der an Stelle einer tatsächlichen Überprüfung auf die formelle Legitimation der Quittung vertrauen darf, wurde vor dem Interesse des Gläubigers, die Empfangszuständigkeit zu realisieren, der Vorrang eingeräumt. Im Streitfall mußte der Schuldner nicht die vom Gläubiger erteilte Vollmacht, sondern nur den Vertrauenstatbestand "Quittung" nachweisen, die sich ja meist noch in seinen Händen befand. Die dadurch erzielte Verkehrserleichterung ist offensichtlich. Daß in diesem Zusammenhang die Funktion der Quittung als Vollmachtsersatz in den Beratungen zum ADHGB nicht gesehen wurde, unterstreicht die These, daß man damals die Vollmacht noch nicht so recht einzuordnen vermochte.

13. Die Vermutung für die Gesamtschuld, §§ 427, 421

Das ADHGB schrieb die aus dem ALR stammende, gesetzliche Vermutung fort, die die gesamtschuldnerische Haftung statuierte, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich eine Verbindlichkeit eingegangen waren. Als Konsequenz wurde ihnen die Einrede der Teilung und Vorausklage entzogen[3]; das gemeine Recht hatte mit der Zulässigkeit dieser Einreden die

---

1) Jakobs/Schubert, §§ 368-370, S. 642.
2) Mugdan II Protokolle, S. 546.
3) Art. 280, 281 Abs. 1 ADHGB; ALR I, 5 § 424.

Solidarhaftung wieder illusorisch gemacht[1]. Beim gemeinschaftlichen Handeln mehrerer sei aber "jene rasche Realisierbarkeit des Rechtes, die die Solidarität mit sich bringe, ein entschiedenes Bedürfnis"[2]. Durch sie konnte der Gläubiger zwischen den verschiedenen Schuldnern beliebig variieren, um zur vollständigen Befriedigung zu gelangen. Mit der gesetzlichen Vermutung wurde die Gesamtschuld zur Regel gemacht, die durch den Einredeentzug flankiert ihre Funktion als Sicherungsmittel voll erlangte.

K ü b e l schloß sich dieser Bewertung der Gesamtschuld nicht an[3]. Erst in der Vorkommission des Reichsjustizamts wurde einem Antrag J a c u b e z k y s entsprochen, der darauf abzielte, die Übereinstimmung zwischen Handels- und allgemeinem Zivilrecht herbeizuführen[4]. In der zweiten Kommission waren die Ansichten über die Auslegungsregel zu Gunsten der Gesamtschuld dann wieder gespalten. Nach Ansicht ihrer Gegner bevorzuge sie zu einseitig die Interessen des Gläubigers. Die Vermutung für eine anteilsmäßige Haftung bei einer gemeinschaftlichen Verpflichtung werde dagegen eher den objektiven Gegebenheiten gerecht; sie schaffe unter den Schuldnern klare Rechtsverhältnisse und beuge damit möglichen Ausgleichsprozessen vor. Mit den aus der Beratung zum ADHGB bekannten Argumenten entschied sich die Mehrheit für das handelsrechtliche Vorbild und für die gesetzliche Aufwertung der Gesamtschuld. Ausgehend vom ADHGB hatte sich ihre Funktion als allgemeines Sicherungsmittel durchgesetzt[5].

---

1) Dahn, S. 18.
2) ADHGB-Protokolle, S. 499; vgl. auch die Motive zu Art. 215 des preußischen HGB-Entwurfs, S. 1o5.
3) Seine ablehnende Begründung findet sich bei § 1 der Vorlage Nr. 7, Teil 1, S. 54.
4) Jakobs/Schubert, § 42o, S. 915.
5) Mugdan II Protokolle, S. 6o3 f.

III. Im besonderen Schuldrecht

1. Gefahrtragung

a) Beim Versendungskauf, § 447 Abs. 1

Die Erscheinung des Versendungskaufs gewann durch die Erschließung neuer und sicherer Verkehrswege im 19. Jahrhundert immer mehr an Boden. Auch ihn mußte man juristisch in Griff bekommen, um über den gemeinsamen Markt des Zollvereins hinaus - unter Einschluß Österreichs - den Warenaustausch über die Distanz berechenbar zu machen. Über das Ergebnis, dem Käufer die sogenannte Preisgefahr aufzuerlegen, war man sich schnell einig. Es entsprach der kaufmännischen Gewohnheit[1]. Bei der Frage der juristischen Konstruktion aber, die zu diesem Ziel führen sollte, spalteten sich die Ansichten.

Ganz im Sinne der preußischen Gesetzestradition versuchte die Vorlage zum ADHGB den dinglichen Vollzug, d.h. den Eigentumsübergang auf den Zeitpunkt der Übergabe an den Transporteur vorzuverlegen. Mit ihm trat dann automatisch die Preisgefahr auf den Käufer über[2]. Dieser "Kunstgriff" stieß in der Beratung auf erheblichen Widerstand. Da die Transportperson kein vom Käufer beauftragter Besitzmittler sei, könne mit der Übergabe an sie der Besitz auf den Käufer nicht übertragen werden. Beispielsweise gelange die im Platzhandel verkaufte Ware nicht schon dadurch in den Besitz des Käufers, daß sie vom Verkäufer an seinen eigenen Boten übergeben werde. Erst wenn der Käufer seinerseits einen Transporteur beauftragt habe, könne der Besitz mittels

---

1) So Hofacker in den Motiven zu Art. 3o5 des württembergischen HGB-Entwurfs, S. 266.
Nachdem im Handelsverkehr es sich eingebürgert hatte, "daß sich ein Kaufmann gekaufte Waren von der Messe nach Hause senden ließ, betrachtete man diesen 'Gefälligkeitstransport' als keinen Grund zur Fortdauer der Verkäuferpflichten; die Ware reiste auf Gefahr und Kosten des Empfängers", Rabel, Warenkauf Bd. 2, S. 3o1.

2) ALR I, 11 §§ 128 ff.; Art. 261, 261 Abs. 2 preußischer HGB-Entwurf.

diesem auf ihn übergehen[1]. Die Erwiderung dazu unterstrich das, durch die Vorverlegung erzielte, für die Praxis erwünschte Ergebnis. Zum einen müsse man nicht differenzieren, in wessen Lager die Transportperson stehe. Zum anderen sei zu verhindern, daß der Verkäufer durch die Säumnis der Transportperson in Verzug gerate. Die besitzrechtlichen Bedenken ließen sich durch ein zwischen Verkäufer und Käufer bestehendes Besitzkonstitut ausräumen, das sich aus der Art und Weise ihres rechtsgeschäftlichen Kontakts ergebe[2].

Diese von B i s c h o f f vertretene Fiktion wurde aber heftig und schließlich auch erfolgreich bekämpft. Dem Verkäufer komme nicht die äußerst gekünstelte Rolle eines Besitzmittlers für den Käufer zu; er übertrage den Besitz niemals im Namen des Käufers auf den Transporteur, sondern handle stets im eigenen Namen, um seine persönliche Verbindlichkeit zu erfüllen. Von ihr werde der Verkäufer aber bereits mit der Aufgabe des Kaufgegenstands, der Übergabe an den Transporteur, befreit, so daß er ab diesem Zeitpunkt nicht mehr in Verzug geraten könne. Gänzlich unabhängig davon sei der dingliche Vollzug, der zeitlich nach der Erfüllung liege und für die Frage der Gefahrtragung keine Rolle spiele; es ginge allein darum, das Risiko des Transports, das in der Zeit zwischen der Erfüllung der Verbindlichkeit und dem dinglichen Vollzug liege, zu verteilen. Diese, durch den aufgeschobenen Leistungserfolg bedingte Gefahr, könne aber nur denjenigen treffen, zu dessen Gunsten die dingliche Wirkung eintrete, also den Käufer[3]. Gleichzeitig wurde damit

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 633 f.
Gegen den antezipierten Besitzübergang wurden noch folgende Argumente vorgebracht: Der Verkäufer verliere seine Dispositionsbefugnis über den Kaufgegenstand erst mit der Ablieferung an den Käufer; bis zu diesem Zeitpunkt könne er die Auslieferung rückgängig machen, indem er z.B. wegen des zwischenzeitlich eingetretenen Konkurses des Käufers die Ware zurückruft. Schließlich mache er das Konnossement überflüssig.

2) ADHGB-Protokolle, S. 1375 ff.
Gegen das Argument der beim Verkäufer verbleibenden Dispositionsbefugnis trotz vorverlegter Übergabe wurde erwidert, daß manche partikularen Gesetze auch noch nach der Tradition ein Aussonderungsrecht einräumen, vgl. ADHGB-Protokolle, S. 635.

3) ADHGB-Protokolle, S. 1378 ff.
Erstmals befreite das Zürcher PGB die Gefahrtragungsregel des Ver-

dem Verkäufer der Anspruch auf die Gegenleistung durch dessen Abspaltung vom tatsächlichen Erfolg plausibel sichergestellt. Dem umsatzfördernden Postulat nach rascher Abwicklung des Versendungskaufs wurde voll und ganz mittels der einseitigen Abwälzung der Gefahr auf den Käufer Rechnung getragen. Dieser Weg überzeugte und bereinigte den Versendungskauf vom anfangs noch befürworteten, dinglichen Gehalt. Jetzt wurde er als reine Gefahrtragungsregel betrachtet, die einzig dem Auseinanderfallen von Erfüllungs- und Erfolgsort, der neutralen Sphäre des Transports, Beachtung schenkte. Über den Anwendungsbereich von Spediteur und Frachtführer hinaus wurde sie auf alle anderen Transportpersonen ausgedehnt[1].

Noch in seinen Thesen zur Gefahrtragung stellte sich K ü b e l gegen die Lösung des ADHGB. Ja, er ließ sogar den Verkäufer die Gefahr tragen, so daß sich der Versendungskauf letztlich zur Bringschuld wandelte[2]. Seine These wurde aber von den Geschehnissen überholt. Bevor er seinen Entwurf einreichen konnte, beschloß die erste Kommission sowohl hinsichtlich des Gattungs- als auch des Stückkaufs beim Grundsatz des ADHGB zu bleiben, um Übereinstimmung mit ihm zu erzielen[3]. Der im Anschluß an diese Entscheidung fertiggestellte § 9 des Teilentwurfs Nr. 32 zum Obligationenrecht trug dem Rechnung. Wenn der Verkäufer die Pflicht übernommen habe, die Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu übersenden, so könne man daraus nicht entnehmen, daß er auch die Transportgefahr übernehmen wolle. Vielmehr entspreche es eher dem Parteiwillen, daß der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs zu tragen habe[4]. Bei den folgenden Beratungen

---

1) Art. 344, 345 Abs. 1 Satz 1 ADHGB.
2) Kübel, These V, Teil 3, S. 1o38. Allerdings war ihm das entgegengesetzte praktische Bedürfnis bewußt, S. 1o82.
3) Jakobs/Schubert, § 446, S. 8o.
Der Dresdner Entwurf differenzierte noch zwischen Gattungs- und Stückkauf, Art. 43o.
4) Kübel, Begründung zu § 9 der Vorlage Nr. 32, Teil 2, S. 37.

blieb der sachliche Gehalt der Gefahrtragung beim Versendungskauf unbeanstandet. Ihre Bereinigung vom dinglichen Charakter hatte ja bereits zuvor das ADHGB besorgt.

b) In diesem Kontext: Die Übernahme der Transportkosten indiziert nicht gleichzeitig die Gefahrübernahme, § 269 Abs. 3

Im Zusammenhang mit der Diskussion über die juristische Konstruktion des Versendungskaufs wurde es als dringend erachtet, etwas über die "Frankosendung" zu sagen. Es müsse der Ansicht entgegengetreten werden, bei ihr trage der Verkäufer stets die Gefahr, so daß durch sie der Leistungsort verändert werde. Seine Verlagerung zum Wohnsitz des Käufers könne man regelmäßig aber nicht in der Übernahme der Frachtkosten erblicken[1]. Erst die Kommission des Reichsjustizamtes erinnerte sich dieser Klarstellung aus dem ADHGB[2]. Eine Verallgemeinerung ihres Gedankens wurde gutgeheißen[3].

c) Anspruch auf Schadensersatz bei einer ungerechtfertigten Abweichung, § 447 Abs. 2

Aus den Beratungen zum ADHGB entsprang ein Haftungstatbestand des Verkäufers, der die einseitige Gefahrtragung zu Lasten des Käufers etwas zu lindern suchte. Der Verkäufer wurde zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der entsteht, wenn er ohne triftigen Grund von einer besonderen Anweisung über Art und Weise der Versendung abweicht. Den preußischen Vorschlag, den Verkäufer generell mit der Transportgefahr zu sanktionieren, erachtete man als zu weitgehend[4]. Die erste BGB-Kommission schrieb den Inhalt der im ADHGB erstmals geschaffenen Norm fort; der Übergang der Gefahr sei durch die

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 64o, 1382; Art. 345 Abs. 2 Satz 2 ADHGB.
2) Jakobs/Schubert, § 27o, S. 189.
3) Mugdan II Protokolle, S. 525.
4) Art. 345 Abs. 1 Satz 2 ADHGB; ADHGB-Protokolle, S. 639 f.

Abweichung von der Maßgabe des Käufers nicht gehindert. Sie lasse den Verkäufer davon unabhängig für die kausale Schadensverursachung haften[1].

Der gesamte Komplex des Versendungskaufs, den wir im BGB finden, hat demnach seinen Anknüpfungspunkt im ADHGB.

2. Nebenkostenverteilung beim Kauf, § 448 Abs. 1

Ohne viel Aufhebens wurden die Nebenkosten beim Kauf verteilt. Der Verkäufer trug die Kosten der Übergabe, insbesondere des Messens und Wägens, der Käufer die der Abnahme. Man erblickte darin eine sachgerechte Kostenverteilung[2]. Sämtliche BGB-Entwürfe schlossen sich ihr an; sie reproduziere im wesentlichen die mit der Praxis und der Natur der Sache übereinstimmende Regelungen anderer Gesetzgebungen[3]. In der Tat ist ihr Gehalt kosmopolitisch[4]: Wer zur Leistung verpflichtet sei, habe auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich sei, um sie vollständig zu bewirken, wozu auch das Bestreiten der dafür anfallenden Kosten gehöre. Dem entspreche andererseits, daß der Käufer die Kosten der Abnahme zu tragen habe[5].

3. Die Auslegungsregel für den Marktpreis, § 453

Falls die Parteien als Kaufpreis den Marktpreis ohne nähere Bestimmung nach Ort und Zeit zugrunde legten, so war im Zweifel der Durchschnittspreis des Ortes und Zeitpunkts der Erfüllung maßgebend[6]. Man paßte ihn damit, weg vom statischen

---

1) Jakobs/Schubert, § 447, S. 91.
2) Art. 351 ADHGB; ADHGB-Protokolle, S. 666, 1393.
3) Kübel, Begründung zu § 11 der Vorlage Nr. 32, Teil 2, S. 38; vgl. vor dem ADHGB schon Art. 1608 Code civil und § 1400 Zürcher PGB.
4) Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 19.
5) Mugdan II Motive, S. 182.
6) Art. 353 ADHGB. Das ALR stellte dagegen noch starr auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab, I, 11 § 54.

Zeitpunkt des Vertragsschlusses, an die dynamische Entwicklung der Konjunktur an, die sich bis zum Zeitpunkt der Erfüllung gewandelt haben konnte. Der im Vergleich festzulegende Marktpreis, der für alle Waren galt, gewann damit auch an anderer Stelle im ADHGB Kontur[1]. Die erste Kommission schrieb die Auslegungsregel für den Marktpreis fort. Sie entspreche im Zweifel der Intention der Parteien[2].

4. Verjährung

a) Kurze Verjährung der Gewährleistung, § 477 Abs. 1 Satz 1

Sowohl bei Ansprüchen auf Gewährleistung bei Fahrnis als auch bei den daraus erhobenen Einreden gegen die Kaufpreisforderung ging das ADHGB von einer sechsmonatigen Frist aus, innerhalb derer sie geltend gemacht werden mußten[3]. Mit den vereinbarten sechs Monaten hatte man aber noch nicht alle Probleme vom Tisch; je nach dem, ab wann die Frist beginnen sollte, konnte ihr Ablauf noch verkürzt bzw. gestreckt werden. Die Entscheidung über die Dauer der Frist fiel mit der Festlegung ihres Beginns. Der preußische Vorschlag knüpfte ihn an die Übergabe des gekauften Gegenstands an[4]. Daran wurde kritisiert, daß sich die Frist manchmal zu kurz bemesse, ohne zu berücksichtigen, ob der Käufer überhaupt durch die Übergabe in die Lage versetzt worden sei, von verborgenen Fehlern Kenntnis zu erlangen. Zu dem Fall einer speziell verpackten Ware, die man nur schwerlich untersuchen könne, komme meist noch die Besonderheit einer mehrere Käufer und Verkäufer umfassende Handelskette hinzu, die den Zeitraum von

---

1) Art. 311, 376 ADHGB.
2) Mugdan II Motive, S. 178 f.
3) Art. 349 Abs. 1, 2 und 3 ADHGB. Man wählte willkürlich einen Zeitraum von sechs Monaten, weil man der Ansicht war, daß mit Rücksicht auf die bestehenden Verkehrsmittel dieser Zeitraum groß genug sein würde, um für alle Fälle auszureichen, ADHGB-Protokolle, S. 663.
4) Art. 266 Abs. 1 preußischer HGB-Entwurf.

sechs Monaten insgesamt überschreite. Dem ersten Verkäufer und Hersteller müsse es dann verwehrt werden, sein Risiko der Inanspruchnahme aus Gewährleistung auf die nachfolgenden Verkäufer der Kette abzuwälzen[1].

Die Mehrheit der Konferenzmitglieder sprach sich jedoch gegen einen umfassenden Käuferschutz aus. Besonders Argumente der Rechtssicherheit und die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten gaben den Ausschlag für eine knappe Bemessung der Frist, die mit der Übergabe zu laufen begann. Eine fixe Zeitbestimmung sei unerläßlich, weil sonst niemals Gewißheit über die Erledigung eines Handelsgeschäfts zu erreichen sei: "Mache man den Eintritt der Verjährung davon abhängig, daß der Käufer von dem Dasein verborgener Fehler Kenntniß erlangt habe, so werde eine solche Gewißheit niemals erreicht, denn der Verkäufer könne nie wissen, durch wie viele Hände die Waare seit deren Verkauf gegangen, ob sie endlich verbraucht und die Möglichkeit der Entdeckung von Fehlern abgeschnitten sei oder nicht. Sodann fehle es gänzlich an einem sicheren Kriterium dafür, wann der Käufer einen verborgenen Fehler zuerst entdeckt habe", so daß dieses Problem insbesondere das der Beweisführung und Beweislast neue und nur schwerlich lösbare Konflikte begründe[2].

Die Verfasser des BGB knüpften sachlich an den Argumenten der Nürnberger Konferenz an: "... die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln ist nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr ... im höchsten Grade lästig und hemmend"[3]. Unklar blieb, ob die verabschiedete

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 66o f.
Als weiteres Argument gegen die Übergabe als Fristbeginn wurde der Fall angeführt, bei dem der Käufer die Ware selbst ausgesucht hat. Hier beginne die Verjährung schon vor der Übergabe mit seiner "Aussonderung" zu laufen.

2) ADHGB-Protokolle, S. 661.
Begrifflich wurde die preußische Vorlage dahingehend präzisiert, daß anstelle der "Übergabe" die "Ablieferung" gesetzt wurde, ADHGB-Protokolle, S. 662.

3) Mugdan II Motive, S. 131.
Als maßgeblicher Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn wurde die "Ablieferung" beibehalten, die es dem Käufer erst ermögliche, die Ware zu überprüfen, Mugdan II Protokolle, S. 679.

Vorschrift eine echte Verjährungsfrist oder eine Ausschlußfrist beinhalte. Die Protokolle zum BGB ordnen den Artikel 349 Abs. 1 ADHGB als Verjährungsregel ein[1]. Als Präklusionsfrist qualifizierte ihn K ü b e l, der, obwohl er sich inhaltlich dem ADHGB anschloß, zu einer völlig neuen Formulierung gelangte[2]. In ihrer Gestalt wanderte die handelsrechtliche Vorlage ins BGB.

b) Aber: Erhaltung der Mängeleinrede, § 478 Abs. 1 Satz 1

Trotz der kurzen sechsmonatigen Verjährung entschied sich das ADHGB für die Möglichkeit, die Mängeleinrede über diesen Zeitraum zu perpetuieren[3]. Ausschlaggebend dafür war die Erwägung, den Käufer nicht zur Klage zu zwingen, sondern ihm den bequemeren Weg über den fortdauernden Einspruch gegen die Kaufpreisforderung zu eröffnen[4]; der Käufer hat ja keine Veranlassung zu prozessieren, solange der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist. Freilich forderte das Interesse des Handels nach beschleunigter Klarstellung, daß der Verkäufer vom Mangel und den Ansprüchen des Käufers unverzüglich Kenntnis erlangte; es reichte nicht aus, den Mangel innerhalb der ersten sechs Monaten lediglich anzuzeigen, sondern es mußte darüber hinaus von Seiten des Käufers schnell gehandelt werden, sprich: sofort gerügt werden[5]. Nichts anderes als die sofortige kaufmännische Rügepflicht war damit an die Erhaltung der Mängeleinrede gekoppelt.

Der Vorentwurf und der erste Entwurf des BGB schlossen es aus, die Mängeleinrede nach Verjährung geltend zu machen.

---

1) Mugdan II Protokolle, S. 662.
Vgl. auch die Formulierung des Art. 349 Abs. 1 ADHGB "Der Mangel ... kann von dem Käufer nicht geltend gemacht werden, ...", die für eine Präklusionsfrist spricht. In der Beratung zu diesem Artikel war dagegen stets von Verjährung die Rede, ADHGB-Protokolle, S. 659 ff.

2) § 37 der Vorlage Nr. 2o, Teil 1, S. 377; vgl. dazu die Begründung auf S. 422.

3) Art. 349 Abs. 3 ADHGB.
Eine ähnliche Regel enthielt zuvor § 1426 des Zürcher PGB.

4) ADHGB-Protokolle, S. 664.

5) Vgl. Art. 347 Abs. 1 i.V.m. 349 Abs. 3 ADHGB.

Für K ü b e l war die scheinbare Kongruenz mit der sofortigen kaufmännischen Rügepflicht, die ja fürs Zivilrecht verworfen wurde, ausschlaggebend, nicht an der handelsrechtlichen Vorlage anzuknüpfen[1]. Die erste Kommission lehnte sie ab, weil sie mit der Wirkung der Verjährung im Widerspruch stehe, den Zweck der kurzen Frist gefährde und durch ein praktisches Bedürfnis nicht geboten sei[2]. Dieses bewußte gesetzliche Unterlassen ist auf Kritik gestoßen. Ihre Wortführer mißbilligten die Diskrepanz zum ADHGB, wo ein praktisches Bedürfnis bestätigt worden sei. L a b a n d betonte die soziale Funktion der Norm, die eine allzu schnelle Präklusion zu Lasten der weniger geschäftskundigen Bevölkerung hindere, und B ä h r sah die Gefahr einer Belastung der Justiz durch sinnlose Prozesse[3]. Die Kritik und schließlich auch ihr Resultat, die Erhaltung der Mängeleinrede ins allgemeine Kaufrecht zu übertragen, nahm die Vorkommission des Reichsjustizamtes an. In bezug auf Artikel 349 Abs. 3 ADHGB ging sie davon aus, daß es lebensfremd sei, "wenn dem Käufer zugemutet werde, aktiv im Wege der Klage gegen den Verkäufer vorzugehen, solange dieser nicht seinerseits den Anspruch auf den Kaufpreis geltend mache"[4]. Von dem Erfordernis der sofortigen Rüge abgesehen, hatte sich mit der Möglichkeit, die Gewährleistung über eine Einrede zu perpetuieren, der Käuferschutz durchgesetzt, wie er zuvor schon im ADHGB bestand.

c) Aber: Die Verjährungsverlängerung ist möglich, § 477 Abs. 1 Satz 2

Der unter Umständen harten Wirkung der Verjährung konnten die Parteien durch eine vertragliche Verlängerung der Frist

---

1) Kübel, Begründung zu § 37 der Vorlage Nr. 2o, Teil 1, S. 422. Zu den Gründen, die zum Auslassen der sofortigen Rügepflicht im BGB führten, Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 287 f.
2) Mugdan II Motive, S. 132.
3) Zusammenstellungen der gutachterlichen Äußerungen, S. 145 ff.
4) Jakobs/Schubert, §§ 477-479, S. 197; vgl. auch Mugdan II Protokolle, S. 662 f., 679.

entgegenwirken. Diese Befugnis wurde ihnen ausdrücklich eingeräumt[1]. Noch nach der preußischen Vorlage stand nur die Verkürzung zur Disposition[2]. Bei der Beratung sprach man sich jedoch zugunsten der Privatautonomie aus. Den Parteien sollte es ermöglicht werden, eine längere Garantiezeit zu vereinbaren, z.B. auch für gewisse Eigenschaften des Kaufgegenstands[3].

Von der ersten Kommission an wurde die Verlängerungsmöglichkeit fortgeschrieben. Sie entspreche einem dringenden praktischen Bedürfnis, das sich an den im Verkehr üblichen Garantiefristen zeige; häufig sei eine rechtzeitige Prüfung des Kaufgegenstands durch den Käufer innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist nicht möglich[4].

d) Aber: Keine kurze Verjährung bei Arglist, §§ 477 Abs. 1 Satz 1, 478 Abs. 2

Historisch recht jung ist schließlich noch die letzte Einschränkung der kurzen Verjährung: Sie läuft nicht zugunsten des arglistig handelnden Verkäufers. Erst in der zweiten Beratung zum ADHGB wurde sie entgegen zuvor geäußerter systematischer Bedenken ausdrücklich in Form der strafrechtlichen Umschreibung des Betrugs aufgenommen[5]. Im ersten Entwurf formulierte man sie als "wesentliches Verschweigen", was sich dann durch die Vorkommission des Reichsjustizamtes in "arglistiges Verschweigen" wandelte[6]. Über die kurze Verjährung

---

1) Art. 349 Abs. 5 ADHGB.
2) Art. 266 Abs. 1 preußischer HGB-Entwurf.
3) ADHGB-Protokolle, S. 663 f.
4) Mugdan II Protokolle, S. 133.
Ausdrücklich wird auf Art. 349 Abs. 5 ADHGB verwiesen. Wie eine "Garantie" zu qualifizieren sei, wurde bewußt offengelassen. Das bleibe eine Frage des Einzelfalls, Mugdan II Motive, S. 133.
5) ADHGB-Protokolle, S. 659 f., 1384, 1461; Art. 35o ADHGB.
6) Jakobs/Schubert, §§ 477-479, S. 197 f.
Ausdrücklich nahm die Vorkommission des Reichsjustizamtes auf Art. 35o ADHGB Bezug; vgl. auch Art. 187 des Dresdner Entwurfs.

hinaus beließ sie dem geprellten Käufer die Möglichkeit, statt eines Schadenersatzanspruchs nach wirksamer Anfechtung die unter Umständen einfachere Wandelung oder Minderung zu wählen[1].

Damit ist das System unserer Gewährleistungsverjährung im BGB ein Spiegelbild aus dem ADHGB. Das ädilizische Recht[2], durch kaufmännische Gewohnheiten modifiziert, lieferte den Grundsatz; dessen Anpassung an die Erfordernisse der Neuzeit durch die drei zitierten Einschränkungen ist dagegen eine Schöpfung des 19. Jahrhunderts, die erstmals im ADHGB ihren gesetzlichen Niederschlag fand.

5. Besondere Arten des Kaufs

a) Kauf auf Probe oder auf Besicht, §§ 495 Abs. 1, 496

Alle wichtigen Aussagen, die wir heute über den Kauf auf Probe bzw. auf Besicht im BGB haben, lassen sich im ADHGB und zum Teil in dessen Entwürfen finden[3]. Dafür steht zu allererst die vollständige Abhängigkeit des endgültigen Kaufs vom Willen des Käufers; der Kauf ist im Zweifel unter einer aufschiebenden Bedingung - der Billigung des Käufers - geschlossen[4]. Falls vertraglich eine Frist vereinbart wurde, ist die Billigung nur innerhalb dieser Frist möglich. Nach ihrem Ablauf hört der Verkäufer auf, gebunden zu sein, und dem Käufer wird eine nachträgliche Genehmigung des Kaufs abgeschnitten[5].

Wie sei zu verfahren, wenn keine Frist vereinbart, der Käufer sich aber nach einer vom Verkäufer veranlaßten Aufforderung,

---

1) Mugdan II Protokolle, S. 68o.
2) Dazu Staudinger/Honsell, RN 1 zu § 477; Zillich, S. 6 ff., 15 ff.
3) Vgl. Art. 255 preußischer HGB-Entwurf.
4) Art. 339 Abs. 1 Satz 1 ADHGB; vgl. auch ALR I, 11 §§ 333, 335.
5) Art. 339 Abs. 2 Satz 1 ADHGB.

sich zu erklären, nicht rührte? Das Schweigen des Käufers wurde dann nach der preußischen Vorlage noch als Annahme fingiert[1]. Gegen diesen Vorschlag, das Schweigen des Käufers generell als Genehmigungsfiktion zu kodifizieren, wurde das Interesse des Verkäufers gesetzt. Ohne sie könne er sofort über die Ware disponieren, und es bleibe ihm erspart, sich vom Vertrag möglicherweise unter Einschaltung des Rechtswegs lösen zu müssen; wenn auch mit kleineren Verlusten, sei es für einen Kaufmann viel vorteilhafter, schnell aus einem stockenden Geschäft loszukommen, als in einen Prozeß mit ungewissem Ausgang verwickelt zu werden. Diese auf das kaufmännische Postulat der Umsatzbeschleunigung abzielende Argumentation besiegelte endgültig die Frage des Schweigens beim Kauf auf Probe. Entgegen dem preußischen Vorschlag wurde einstimmig beschlossen, es als Mißbilligung gelten zu lassen[2]. Die Genehmigungsfiktion beim Kauf auf Probe war damit dem Grundsatz nach abgeschafft. Nur wenn dem Käufer der Kaufgegenstand bereits übergeben worden war, galt das Schweigen als Billigung; dann "sei es ganz natürlich", daß man vom Käufer erwarte, seine Mißbilligung ausdrücklich mitzuteilen[3].

Der Redaktor K ü b e l schloß sich ganz dem ADHGB an[4]. Die erste Kommission betonte, daß sich die handelsrechtlichen Grundsätze praktisch bewährt hätten, "so daß kein Grund vorhanden sei, ihre Sachgemäßheit für den bürgerlichen Verkehr in Zweifel zu ziehen"[5]. Das ADHGB hatte damit die Weichen gestellt und eine der wenigen Ausnahmen im BGB mitgeformt, bei der das Schweigen als Genehmigung fingiert wird.

---

1) Art. 255 Abs. 3 preußischer HGB-Entwurf.
2) ADHGB-Protokolle, S. 613 ff.; vgl. Art. 339 Abs. 3 ADHGB.
3) ADHGB-Protokolle, S. 613; Art. 339 Abs. 4 ADHGB.
4) §§ 19-21 der Vorlage Nr. 32, Teil 2, S. 4; vgl. dazu die Begründung auf S. 53.
5) Jakobs/Schubert, §§ 495, 496, S. 27o f.

b) Kauf nach Probe oder Muster, § 494

Als unbedingtes Rechtsgeschäft wurde vom ADHGB dagegen der Kauf nach Probe oder nach Muster definiert. Bei ihm müsse der Verkäufer dafür einstehen, "daß die Waare der Probe oder dem Muster gemäß sei"[1]. Durch sie würden die zugesicherten Eigenschaften des Kaufgegenstands verkörpert[2]. Sämtliche Entwürfe des BGB hielten an dieser Definition fest. Ein Antrag von K u r l b a u m lieferte in der ersten Kommission den Wortlaut, wie wir ihn heute im BGB finden[3].

Nachzutragen ist, daß sich das ADHGB als einziges gültiges Gesetzbuch überhaupt mit dem Kauf zur Probe befaßte. Er wurde als unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes bezeichnet[4]. K ü b e l verwehrte ihm schon von Anfang an den Weg ins BGB, weil er dessen Definition als selbstverständlich und damit für überflüssig erachtete[5]. Festzuhalten bleibt, daß das ADHGB mit dieser Norm die Materie des Kaufs auf, nach und zur Probe bzw. zum Muster exakt und vollständig erfaßte und somit auch für die Rechtsgebiete Zeichen setzte, wo bis zu diesem Zeitpunkt begrifflich noch etwas anderes galt[6]. Die geleistete Vorarbeit brauchte von den BGB-Verfassern, von der Selbstverständlichkeit des Kaufs zur Probe bereinigt, lediglich übernommen zu werden.

6. Anweisung

a) Das Anweisungsakzept, §§ 784 Abs. 1 Satz 1, 787 Abs. 2

Neben dem schon bestehenden Wechselakzept der AWO, als konstitutives Element für die Begebung der Wertpapierver-

---

1) Art. 34o ADHGB.
2) Kübel, Begründung zu § 18 der Vorlage Nr. 32, Teil 2, S. 48 f.
3) Jakobs/Schubert, § 494, S. 264 f.
4) Art. 341 ADHGB; ADHGB-Protokolle, S. 62o, 1371.
5) Kübel, Begründung zu § 18 aaO., S. 51.
6) Vgl. ADHGB-Protokolle, S. 61o.

bindlichkeit, führte das ADHGB das Erfordernis des Anweisungsakzepts für den kaufmännischen Verkehr ein[1]. Die Anweisung selbst entstand aus einem evidenten Bedürfnis des modernen Zahlungs- und Kreditverkehrs, nicht nur, weil dem Gläubiger der Beweis des Schuldgrundes erspart blieb, sondern vor allem, weil sie "ein unentbehrliches Konstruktionsmittel der Giralzahlung" war[2]. "Schon das antike Bankrecht kannte Zahlungsanweisungen in der Weise, daß der Anweisende den Angewiesenen", der häufig dessen Schuldner war, "ermächtigte, an den Anweisungsempfänger zu leisten: So konnte die Schuld des Anweisenden beim Anweisungsempfänger, wie die des Angewiesenen beim Anweisenden durch e i n e Transaktion getilgt werden"[3]. Das durfte dem Angewiesenen aber nicht aufgezwungen werden. Er mußte dazu in Form des Akzepts sein Placet erteilen[4].

Bei der Beratung, die zum Erfordernis des Anweisungsakzepts führte, wurde es nur knapp versäumt, mit ihm das Institut der Anweisung auf den gesamten bürgerlichen Verkehr zu erstrecken. Der darauf abzielenden Argumentation, es jederman über den Kaufmannstand hinaus zu ermöglichen, Vermögenswerte indirekt durch Leistung eines Dritten zuzuwenden, wurde erfolgreich die Gefahr einer zu weiten Ausdehnung der Wechselfähigkeit zu Lasten des rechtsunkundigen Angewiesenen entgegengehalten, der nicht durch die Formstrenge des Wechsels geschützt sei[5]. In der Tat wird wie beim Wechsel durch das Anweisungsakzept eine selbständige Verpflichtung des Angewiesenen zur Leistung geschaffen, die vom vorhandenen

---

1) Art. 21 ff. AWO; Art. 3oo Satz 1 ADHGB.
2) Wieacker, Industriegesellschaft, S. 67; Mugdan II Denkschrift, S. 1264.
3) Dubischar vor §§ 783 ff., RN 1, S. 796.
4) Nach fast allen dem ADHGB vorhergehenden Kodifikationen und Entwürfen war der Angewiesene verpflichtet zu akzeptieren, wenn er Schuldner des Anweisenden war, vgl. statt aller ALR I, 16 § 256.
5) ADHGB-Protokolle, S. 1325 ff.
Die unterlegene Minderheit argumentierte weiter, man könne es der Anweisungsurkunde nicht immer ansehen, ob dahinter ein Kaufmann stehe, so daß man dies durch einen Blick ins Handelsregister überprüfen müsse, was unpraktisch sei, S. 1327 f.

Grundverhältnis unabhängig ist. Dennoch schätzten die Verfasser des BGB die dadurch begründete Gefahr für den Angewiesenen als nicht so hoch ein, wie es die Mehrheit der Nürnberger Kommission tat. Wie bei der Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit durch die AWO[1] könne es erwartet werden, daß die Allgemeinheit sich schnell mit der verpflichtenden Wirkung des Anweisungsakzepts abfinde[2]. Damit hatten, wie kaum an einer anderen Stelle so offenkundig, extrem wirtschaftsliberalistische Vorstellungen gesiegt, weil letztlich an der schützenden Wechselstrenge vorbei, mit der Anweisung ein allgemein zugängliches, quasi formloses und daher gefährliches Kreditmittel konzipiert wurde. Glücklicherweise hat die Anweisung in dieser Funktion im Alltagsverkehr keine Verbreitung erfahren. Das liegt daran, weil sie "auf Geld, Wertpapiere und andere vertretbare Sachen" eingegrenzt, weitgehend vom Wechsel und Scheck verdrängt wurde.

b) Beschränkung der Einwendungen, §§ 784 Abs. 1 2. Halbsatz, 792 Abs. 3 Satz 1

Das historische Ziel der kaufmännischen Anweisung war, sie vertrauenswürdig und verkehrstauglich zu machen. Wie der Wechsel konnte sie durch Indossament übertragen werden mit der Folge, daß die Einwendungen des Angewiesenen, die gegenüber dem Anweisenden existent waren, im Valutaverhältnis gegenüber dem Anweisungsempfänger und dessen Nachfolgern auf wenige Ausnahmen beschränkt und damit quasi ausgeschlossen wurden[3]. In sämtlichen Entwürfen bis schließlich ins BGB erhielt der Einwendungsausschluß einen festen Platz, allerdings mit dem kleinen Unterschied, daß er nicht durch

---

1) Vgl. Art. 1 AWO.
Die Ausdehnung der Wechselfähigkeit auf die Allgemeinheit, die von Anfang an eine wirtschaftsliberale Forderung war, ergab sich als Konsequenz aus der Gewerbe- und Dispositionsfreiheit, vgl. Hammen, S. 177, FN 22, 23 m.w.N.

2) Mugdan II Protokolle, S. 963.

3) Art. 3o3 Abs. 2 ADHGB; vgl. Art. 82 AWO, § 364 Abs. 2 HGB.
Zur Geschichte des Einwendungsausschlusses im 19. Jahrhundert Leist, S. 98 ff.

Indossament, sondern durch schriftliche Zession bewirkt wurde[1].

c) Aushändigung der Anweisung, § 785

Wie beim Recht auf eine Quittung brauchte der Angewiesene nur gegen Aushändigung der quittierten Anweisung zu erfüllen[2]. Erst in der zweiten Kommission wurde diese an sich selbstverständliche Norm auf einen Antrag J a c u b e z k y s hin fürs BGB befürwortet[3]; sie erleichtert für den Angewiesenen sowohl im Deckungs- als auch im Valutaverhältnis die Beweisführung, um sich vor der Gefahr doppelter Inanspruchnahme, die durch die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse möglich werden kann, zu schützen[4].

7. Kondiktion des Schuldanerkenntnisses, § 812 Abs. 2

Nicht nur mit der Anweisung lieferte das ADHGB nach dem Wechsel eine gesetzliche Bestätigung des abstrakt-obligatorischen Vertrages, sondern auch an anderer Stelle deutete sie sich zaghaft an: Die Anerkennung einer Rechnung schloß den Beweis eines Irrtums oder eines Betrugs in der Rechnung nicht aus[5]. Hier erfolgte erstmals mittels der Kondizierbarkeit eine gesetzliche Aufwertung des abstrakt-konstitutiven Schuldanerkenntnisses, das sich in Form der akzeptierten Rechnung von der causa völlig gelöst hatte. Ein Bedürfnis

---

1) Vgl. statt aller Entwurfsbestimmungen Kübel, § 226 Abs. 2 und 3 der Vorlage Nr. 5, Teil 3, S. 585.
2) Art. 3o3 Abs. 3 ADHGB; vgl. auch Art. 39 Abs. 1 AWO.
3) Jakobs/Schubert, §§ 784-787, S. 6o1.
4) Mugdan II Protokolle, S. 963.
5) Art. 294 ADHGB.
Zur Geschichte des Schuldanerkenntnisses vgl. Klingmüller.

für die abstrakte Schuld war zuvor bei der Abrechnung des Kontokorrents durch die Gerichtspraxis gebilligt worden[1]. Durch die gesteigerte Geschäftstätigkeit, insbesondere durch eine Erweiterung der Kreditaufnahme, hatte sie immer mehr an Boden gewonnen. Allerdings scheute sich die Nürnberger Konferenz davor, die geschaffene Norm allgemein auf das Anerkenntnis auszudehnen[2]. Wahrscheinlich wollte man der sich damals auf dem Höhepunkt befindlichen wissenschaftlichen Kontroverse über die allgemeine Anerkennung der abstrakten Schuld, die in der Hauptsache durch B ä h r ausgelöst worden war, durch eine Norm nicht vorgreifen[3]. Im Verlauf dieser Diskussion gelang der abstrakt-obligatorischen Schuld nach der Kodifikation des ADHGB schnell der Durchbruch[4], so daß bereits der erste BGB-Entwurf unter Bezugnahme auf den betreffenden Artikel des ADHGB die generelle Kondizierbarkeit des Anerkenntnisses festschrieb[5].

---

1) Hammen, S. 179 f., FN 4o, mit einigen Entscheidungshinweisen; vgl. auch Kiefner, S. 77 ff.
2) ADHGB-Protokolle, S. 1319 f.
3) Bähr, Otto: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855); vgl. dazu Hammen, S. 178 f. u. Kiefner, S. 82 f.
4) Hammen, S. 18o ff. u. Kiefner, S. 84 ff.
5) Mugdan II Motive, S. 387; vgl. auch Art. 925 des Dresdner Entwurfs.

IV. Im Sachenrecht

Für die Verfasser des ADHGB ließ es sich über Schuldrecht und allgemeine Vorschriften hinaus nicht vermeiden, an einer Nahtstelle des Sachenrechts - dem redlichen Erwerb von Fahrnis - Stellung zu beziehen. Auch hier galt es, das freie Spiel der ökonomischen Kräfte durch einen möglichst störungsfreien Güterumlauf zu sichern. Unerwartete, von außen eingreifende Eigentumsansprüche sollten möglichst ferngehalten werden[1].

a) Redlicher Erwerb an Fahrnis
Der grundsätzliche Schutz des redlichen Erwerbers, §§ 929, 932 Abs. 1 Satz 1

Vorerst erlaubten es die Beratungsentwürfe der Nürnberger Konferenz nur, vom Kommissionär gutgläubig zu erwerben[2]. Erst vor der dritten Lesung stellte Preußen als monitum 375 den Antrag, die Bestimmung über den gutgläubigen Erwerb im Falle der Verkaufskommission zu streichen und zu einer allgemeinen Vorschrift über den Gutglaubensschutz zu erweitern. Sie sollte nicht nur für den Handelsstand, sondern auch für das mit Kaufleuten verkehrende Publikum gelten[3]. Gerade darin erblickten die Gegner des preußischen Vorstoßes ein Privileg zu Lasten des rein bürgerlichen Verkehrs. Den einzigen Weg, eine Bevorzugung des Handelsverkehrs zu verhindern, sah man darin, den redlichen Erwerb für allgemeinverbindlich zu erklären. Das aber sei abzulehnen, weil dessen Zulassung den Berechtigten enteigne und so das Institut des Eigentums schlechthin erschüttere. Im übrigen könne man es der Ware nicht ansehen, ob sie im konkreten Fall "durch die Hand eines Kaufmanns gegangen sei oder nicht"[4].

1) Ganz in diesem Sinne entschied sich als erster für den redlichen Erwerb Hofacker im württembergischen HGB-Entwurf, vgl. Art. 327 und die dazu gehörenden Motive auf S. 296.
2) Vgl. Art. 3o5 des Kommissionsentwurfs; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 266 f.
3) Zusammenstellung, Erinnerung Nr. 375, S. 6o.
4) ADHGB-Protokolle, S. 46o6 ff.

Darauf erwiderten die Befürworter des redlichen Erwerbs, obwohl das römische Vindikationssystem unter Kaufleuten praktisch nicht verwirklicht werde, führe es zu einer prekären Situation, weil sie ihres Eigentums nicht sicher sein könnten[1]. Eine gesetzliche Klarstellung sei deshalb notwendiger denn je. Ihr Vorteil für den kaufmännischen Verkehr wiege den Nachteil der Ungleichbehandlung des redlichen Erwerbs vom Kaufmann und vom Nichtkaufmann auf[2]. Mit dieser Argumentation und im Ergebnis mit 9 gegen 5 Stimmen setzte sich das kaufmännische Sonderinteresse am gesicherten derivativen Absatz und Erwerb durch. Mit entscheidender Stimme des Präsidenten konnte allerdings erst erreicht werden, daß der Erwerber Eigentum erlange und nicht nur die Vindikation ausgeschlossen sei[3]. Mit diesem knappen Abstimmungsergebnis war es für die Entstehungsgeschichte des redlichen Erwerbs symptomatisch, daß sich die Handelsgesetzgebung "nur zögernd und gleichsam in letzter Stunde", zur ausdrücklichen Anerkennung der den Handelsbedürfnissen entsprechenden Prinzipien entschloß, nachdem in den früheren Beratungsstadien sowohl der Wechselordnung wie des HGB alle einschlägigen Anträge abgelehnt worden waren[4]. Mit schlechtem Gewissen setzte man sich schließlich doch in Widerspruch zum unbeschränkten Eigentumsbegriff. Damit hatte das ADHGB die erste gültige Vorschrift des redlichen Erwerbs für den gesamtdeutschen Raum geschaffen[5].

---

1) "Kein Kaufmann würde ruhig sein können, wenn das römisch-rechtliche Vindikationssystem eine größere praktische Anerkennung gefunden hätte. Nur der Umstand, daß dieses System so wenig in das Verkehrsleben eingedrungen sei, das Vindikationsprozesse äußerst selten erhoben würden, und der Handelsstand im allgemeinen kaum eine Ahnung davon habe, wie gefährlich seine Stellung nach diesem Recht sei, lasse es begreiflich erscheinen, wenn in manchen Ländern keine Anträge auf Ergänzung des Handelsgesetzbuches im Sinne der vorliegenden Vorschläge gestellt worden seien", ADHGB-Protokolle, S. 4608.

2) ADHGB-Protokolle, S. 4605 f., 4608 f.

3) ADHGB-Protokolle, S. 4611.
Der redliche Erwerb näherte sich dem römisch-rechtlichen Institut der Ersitzung, das sich zusätzlich durch eine abgelaufene Frist qualifiziert.

4) Goldschmidt, Erwerb, S. 226; zur Diskussion des redlichen Erwerbs in der Beratung, die zur AWO führte Hübner, S. 28.

5) Art. 306 ADHGB.

J o h o w , der Redaktor des Teilentwurfs zum Sachenrecht, widersetzte sich der durch das ADHGB bestärkten Tendenz, auch bei Fahrnis den redlichen Verkehr zu schützen. Es sei nicht zu billigen, wenn man das Recht des Eigentümers dem des gutgläubigen Erwerbers ganz und gar preisgebe. Das Beispiel des ADHGB bleibe eine Ausnahme, und es müsse bei dessen Revision daran gedacht werden, sie zu streichen[1]. Zwischenzeitlich hatte sich aber der 15. Deutsche Juristentag des Jahres 1880 für die allgemeine Möglichkeit eines redlichen Erwerbs nach den Grundsätzen des Handelsrechts ausgesprochen[2]. Dennoch war die Stimmung für den redlichen Erwerb bei der ersten Beratung in der BGB-Kommission nicht gerade günstig: "...bei einem Abstimmungsergebnis von 5 : 5 entschied erst die ausschlaggebende Stimme des Vorsitzenden für den Antrag. Für die Aufnahme der Neuerung sprach neben der Rücksichtnahme auf die Beschlüsse des 15. Juristentages der 'Vorgang des Handelsgesetzbuches', mit dem übereinzustimmen man sich befleißigte, schon um die andernfalls notwendigen schwierigen Prüfungen über den Charakter der jeweiligen Rechtsgeschäfte zu ersparen"[3]. Dabei stehe der den einzelnen Eigentümer treffende Verlust in keinem Verhältnis zu dem allen Eigentümern erwachsenen Vorteil, sicher zu erwerben[4]. Mit diesem Beschluß der ersten Kommission war die Entscheidung über die Gestaltung des Prinzips im geltenden Recht gefallen[5]. Das Gesamtinteresse überwog das Individualinteresse.

---

1) Johow, Begründung, S. 742 f., 749 ff.; vgl. dazu Schubert, S. 149 f.
Das Risiko des Erwerbers und damit des Handels verminderte, daß er die erlangte Sache dem Eigentümer nur gegen Erstattung des Kaufpreises herauszugeben brauchte, § 186 der Vorlage Johows, S. 31.

2) Vgl. Verhandlungen, S. 82 ff., 329 ff.
Zum Verlauf der Diskussion auf dem Juristentag Hübner, S. 3o.

3) Hübner, S. 31; Protokolle, S. 4oo4.
Zum Beitrag der Nationalökonomie für die Relativierung des Eigentums Wilhelm, S. 28 f. und Grimm, S. 138.

4) Mugdan III Motive, S. 191.

5) Vgl. dazu auch Schubert, aaO., S. 15o und Lux, S. 36 ff.

M e n g e r sah in dieser Abwägung für den redlichen Erwerb eine "umfassende und dauernde Konfiskation des Privateigentums zugunsten der Sicherheit des Verkehrs, ein Sieg des Handelsgeistes über die Eigentumsordnung, des Verkehrsrechts über das Sachenrecht"[1]. Dieser Vorwurf, des Triumphes der kapitalistischen Einstellung des Händlers über das private Eigentum, konnte nachdenklich machen: "Der aufblühende Güterumsatz der Industriegesellschaft hatte eine Stärkung des redlichen Vertrauensschutzes notwendig gemacht. Der gute Glaube sollte nun eigentumsvernichtende Kraft haben. Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten sollte für den Erwerber Eigentum begründen können. Damit wurde dem Rechtsverkehr die Befugnis zur Enteignung im Interesse der Verkehrssicherheit gesetzlich zugestanden"[2]. Mit Recht kann man fragen, ob damit schon die Entleerung des Eigentums begonnen hat oder ob dessen längst überfällige Sozialbindung übers Zivilrecht zumindest für den Handeltreibenden eingeleitet wurde.

Sicher ist, der Triumph des Wirtschaftsdenkens über die traditionellen Herrschaftsvorstellungen konnte nur darauf hinauslaufen, die Substanz des Eigentums unmittelbar anzugreifen oder gar aufzuzehren. Keineswegs zeichnete sich diese Entwicklung nur in den ständig zunehmenden Administrativenteignungen ab, die vor allem von der Anlage der Eisenbahn her immer mehr gefordert wurde[3]. Auch die weit ausgebauten Schutzvorschriften des redlichen Erwerbs bezeugen, wie sehr der bürgerliche Gesetzgeber die Interessen des Handels zu fördern suchte[4]. Die Entscheidung im Konflikt zwischen dem Postulat des Eigentumschutzes einerseits und dem wirtschaftlichen Fortschritt andererseits, fiel am Ende des 19. Jahrhunderts umso eindeutiger zugunsten des letzteren aus; in der zweiten Kommission blieb sie unangefochten[5].

---

1) Menger, S. 127.
Im übrigen entsprach in diesem Punkt der Entwurf zumindest in seinen Grundzügen den Intentionen derer, die ihm gegenüber sonst sehr kritisch eingestellt waren, vgl. Hübner, S. 31.
2) Hattenhauer, S. 128.
3) Dazu Grimm.
4) Vgl. Müller-Freienfels, Selbständigkeit, S. 6o5 f.
5) Mugdan III Protokolle, S. 631; vgl. auch Coing, S. 114 und Jünger, S. 261 ff., 3o4: "Das Eigentum kontrolliert nicht mehr den Verkehr, der Verkehr kontrolliert das Eigentum".

b) Dingliche Rechte erlöschen ebenfalls, § 936 Abs. 1 Satz 1

Auch Pfandrechte und sonstige dingliche Rechte Dritter, die der Sache anhaften, gingen mit dem redlichen Erwerb unter[1]. Somit konnte man das Eigentum frei von jeglicher dinglicher Belastung erlangen; der teilweise Rechtsmangel ist für den Erwerber in gleicher Weise nicht ersichtlich wie der totale Rechtsmangel[2].

c) Der redliche Erwerb ist aber an abhandengekommenen Sachen ausgeschlossen, § 935 Abs. 1 Satz 1

Entsprechend deutschrechtlicher Wurzeln[3] machte bereits die preußische Erinnerung Nr. 375 eine Ausnahme für gestohlene und verlorene Sachen. An ihnen war ein redlicher Erwerb unmöglich[4]. Dem Einwand, damit gehe der Wert des redlichen Erwerbs für die Sicherheit des Verkehrs wieder verloren, wurde entgegnet, es habe sich in jenen Partikularrechten bewährt, den Handeltreibenden mit dieser Einschränkung vor unfreiwilligen Verlusten zu schützen[5].

Der erste Entwurf übernahm das handelsrechtliche Vorbild, ergänzte es aber um den Oberbegriff der "abhanden gekommenen Sachen". Allerdings verblieb dem vermeintlichen Erwerber noch ein Lösungsanspruch gegen den Eigentümer, wenn dieser die Sache von ihm herausverlangte[6]. Er wurde schließlich

---

1) Art. 3o6 Abs. 1 Satz 3 ADHGB.
2) Mugdan III Motive, S. 193.
Das trifft auch dann zu, wenn zwar der Eigentümer veräußert hat, aber wegen des Bestehens von Nießbrauchs- oder Pfandrechten nur unter Fortbestand der Belastung der Sache erwerben würde, Mugdan III Protokolle, S. 635.
3) Dazu Mitteis/Lieberich, S. 118 ff.
4) Zur Erinnerung Nr. 375 vgl. S. 82.
5) ADHGB-Protokolle, S. 461o f.; Art. 3o6 Abs. 4 ADHGB.
Wo sich der redliche Erwerb bereits durchgesetzt hatte, galt auch überwiegend die Ausnahme für verlorene und gestohlene Sachen, vgl. Johow, Begründung, S. 744 ff.
6) Mugdan III Motive, S. 193; vgl. § 937 des ersten Entwurfs.

in der zweiten Kommission endgültig abgeschafft.

d) Bei Inhaberpapieren bleibt es ohne Ausnahme beim redlichen Erwerb, § 935 Abs. 2

Rasch einig darüber war man sich, für Inhaberpapiere die Ausnahme des Abhandenkommens nicht gelten zu lassen. Sie sollten unbeschränkt redlich erworben werden können; im Gegensatz zu den Konsumgütern wirke es bei diesen Papieren auf den Verkehr geradezu verderblich, wenn eines Tages der Eigentümer vindizieren könnte, zumal solche Papiere lange Jahre im Umlauf blieben und nicht wie andere Objekte des Handelsverkehrs zum Verbrauch bestimmt seien[1]. Unter ausdrücklicher Verwahrung des Referenten dagegen, überschritt die Nürnberger Konferenz mit dieser Norm bewußt ihre Kompetenz, in dem der Geltungsbereich sogar auf den bürgerlichen Verkehr ausgedehnt wurde; es gebe eine beträchtliche Anzahl von Papieren, die nicht Gegenstand des Handelsverkehrs seien[2]. Lediglich deklaratorisch übernahm der erste BGB-Entwurf die bereits allgemeingültige Bestimmung, erweiterte ihren sachlichen Gehalt auf Geld, was in den folgenden Beratungen unstreitig blieb[3]. Als verkehrsfreundliches Gesetz hatte das ADHGB an dieser Stelle pointiert Zeichen für die alles überragende Sicherheit des Verkehrs gesetzt, die für unser wirtschaftliches, auf Güterumschlag basierendes System noch heute lebensnotwendig ist.

---

1) ADHGB-Protokolle, S. 4611 f.
2) ADHGB-Protokolle, S. 462o f.
3) Mugdan III Motive, S. 194.

SCHLUSSBETRACHTUNG

I. Der zu differenzierende Einfluß des Vierten Buchs

Als originäre oder auch "echte" Regelungsvorlagen kann man jene bezeichnen, die quasi "aus eigener Herstellung" dem ADHGB ins BGB entschlüpften. Entweder gelang ihnen zum Abschluß einer im Handelsverkehr sich entfaltenden Entwicklung erstmals mit dem ADHGB der Sprung in eine große Kodifikation, oder sie sind ein wirkliches Produkt der Nürnberger Beratung, die das erste deutsche Handelsgesetzbuch schuf. Überragend ins Auge stechen in diesem Zusammenhang die Verbindlichkeit des Vertragsantrags (§§ 145, 153), dessen zeitliche Einschränkung beim Vertragsschluß über die Distanz (§ 147 Abs. 2), die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung oder Schadenersatz (§ 179 Abs. 1), die Regelung des allgemeinen Leistungsorts (§ 269 Abs. 1, 2 und 3) sowie des speziellen bei der Geldschuld (§ 27o Abs. 1, 2 und 4), aus dem Recht der Leistungsstörungen die Möglichkeit zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt zu wählen, verbunden mit dem Erfordernis der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§§ 326 Abs. 1 Satz 1 und 2, 325 Abs. 1 Satz 1), die Objektivierung der Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 Satz 2) und des Schadensumfangs (§§ 249 Satz 1, 251), die Funktion der Quittung als schriftliche Vollmacht (§ 37o), die Konstruktion des Versendungskaufs (§ 447) und schließlich die kurze Verjährung beim Kauf mit ihren dünn gesäten Einschränkungen (§§ 477 Abs. 1 Satz 1 und 2, 478 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2). Etwas im Schatten davon standen, obwohl diese Bewertung heute willkürlich erscheinen mag, die gesetzliche Hilfestellung für die Auslegung (§§ 133, 157, 19o), das aus den Umständen sich ergebende Merkmal der Offenkundigkeit bei der Stellvertretung (§ 164 Abs. 1 Satz 2), die,mit Zusätzen verbundene Annahme als neuen Antrag einzuordnen (15o Abs. 2), das Verbot,einen Zwischenzins vorab abzuziehen

(§ 272), die Definition des Marktpreises (§ 453), die Regelung des Kaufs nach Probe (§ 494) und die Antwort auf die Frage, wie dort das Schweigen des Käufers zu qualifizieren ist (§ 496), schließlich noch das Erlöschen dinglicher Rechte beim redlichen Erwerb (§ 936 Abs. 1 Satz 1) und der unumschränkte redliche Erwerb bei Inhaberpapieren (§ 935 Abs. 2). Für diese Normen bildete allein das Vierte Buch des ADHGB die kodifikatorische Wurzel. Obwohl im Vergleich zur "juristischen Filigranarbeit"[1] der Pandektistik der Einfluß des ADHGB auf das BGB als gering bewertet werden muß, ist dagegen - für die hier zitierten Paragraphen - eine schöpferische Wirkung der Pandektenwissenschaft zu verneinen. Allein der Handel bildete für diese Normen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das "Experimentierfeld", aus dem sich die Erfahrung in entsprechenden Artikeln des ADHGB niederschlug. Sie allein sind Beratungsgrundlage und Vorbild fürs BGB geworden. In diesen Normen bestätigt sich ein wenigstens im Ursprung ausschließlicher Einfluß des praktischen Handelsverkehrs, des von überlieferter Beengung freieren Handelsrechts und damit der Wirtschaft auf das BGB.

Nicht nur anhand kongruenter Tatbestände ist der "Strang" des ADHGB zum BGB augenscheinlich. Wenn auch etwas verborgen, gab es mit der Prokura und Handlungsvollmacht, dem Fixhandelskauf und der Möglichkeit, den akzeptierten Rechnungsbetrag im Falle eines Betrugs zu stornieren, die gesetzesgeschichtliche Anregung zur Differenzierung von Auftrag und Vollmacht (§§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1), zur Auslegung des Fixgeschäftes (§ 361) und zur Kondizierbarkeit der abstrakten Schuld (§ 812 Abs. 2).

Alle übrigen erörterten Paragraphen, die inhaltlich schon im ADHGB vorweggenommen wurden, haben ihren gesetzesgeschichtlichen Ursprung in anderen Gesetzesbüchern, insbesondere in

---

1) Isele, S. 6.

den sogenannten großen Naturrechtskodifikationen. Das sind die Formfreiheit (§ 125 Abs. 1), die sofortige Annahme des Antrags unter Anwesenden (§ 147 Abs. 1 Satz 1), die Benachrichtigungspflicht bei verspäteter Ankunft der Annahme (§ 149), das Prinzip der direkten Stellvertretung (§ 164 Abs. 1 Satz 1), das Erfordernis für den Vertreter, ausdrücklich in fremdem Namen zu handeln (§ 164 Abs. 1 Satz 2), die Grundsätze über die Fristberechnung (§§ 187, 188, 189, 193), die Quittierungspflicht des Gläubigers (§ 368), die gesetzliche Vermutung für die Gesamtschuld (§§ 427, 421), die Nebenkostenverteilung beim Kauf (§ 448 Abs. 1), die wesentlichen Grundsätze über das Institut der Anweisung (§§ 784 Abs. 1, 787 Abs. 2, 792 Abs. 3 Satz 1) und schließlich die Regel für den redlichen Erwerb bei Fahrnis mit der Einschränkung für abhandengekommene Sachen (§§ 932 Abs. 1 Satz 1, 935 Abs. 1 Satz 1). Bei diesen Normen beschränkt sich der Beitrag des ADHGB auf ihre allgemeinverbindliche Inkraftsetzung im Gebiet des Deutschen Bundes. Dadurch konkurrierte es auf Dauer erfolgreich mit entgegengesetzten zivilrechtlichen Regelungen anderer Rechtskreise, die von ihm verdrängt wurden. Wie auch bei allen anderen Regelungsvorlagen verbleibt bei diesen Paragraphen "nur" das Verdienst des ADHGB für die Rechtsvereinheitlichung. Das BGB verdankt ihm und seiner integrierenden Kraft die mit dieser Arbeit offengelegte Fülle ausgereifter Rechtsregeln. Mit ihnen sind die Motive der ersten und vollends die Protokolle der zweiten durch Wirtschaftspraktiker verstärkten Kommission zum BGB Fundgruben wirtschaftlicher Zweckerwägungen, die häufig die konstitutiven Hemmungen der Pandektenwissenschaft mit raschem Entschluß beiseite schoben[1].

---

1) Diesen Eindruck der Motive und Protokolle des BGB bestätigt auch Wieacker, Industriegesellschaft, S. 63.

II. Das System der Regelungsvorlagen aus dem Vierten Buch

Wie in der Einleitung schon kurz angesprochen, wirkten über Artikel 277 ADHGB alle Normen des Vierten Buchs über das Handelsgeschäft unter Kaufleuten hinaus auch ins allgemeine Verkehrsrecht hinein. Für das einseitige Handelsgeschäft, d.h. praktisch für jenes Standardgeschäft, bei dem auf der Veräußererseite ein Kaufmann und auf der Erwerberseite ein Nichtkaufmann stand, beim Verkauf des Kaufmanns also schlechthin, fanden die Regeln des ADHGB auch auf die Allgemeinheit Anwendung[1]. Die systematische Absicht der Verfasser des ADHGB wird dadurch offenbar : Von den verkehrsfreundlichen, formfreien Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen, deren Inhalt ausdrücklich für auslegungsfähig erklärt und deren Abschluß auch über die Person eines Stellvertreters verbindlich wurde, über die allgemeine Festlegung der Leistung hinsichtlich ihres sachlichen, zeitlichen und örtlichen Gehalts sowie ihrer Störungsfolgen, die besondere Regelung der Gefahrtragung beim Versendungskauf und der Verjährung der Gewährleistungsansprüche bis zum redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten, gelang es, systematisch die Erscheinung des Warenkaufs überwiegend zu Gunsten der Verkäufer juristisch in Griff zu bekommen. Ihr Interesse, die Absatzwege an die Konsumenten "verkaufsfreundlich" zu sichern, wurde Gesetz. Die wenigen Schutzvorschriften für den Käufer fallen dabei kaum ins Gewicht. Die Frage der Gewährleistungsvoraussetzung beispielsweise wurde überhaupt nicht geregelt, geschweige denn diskutiert. Sie bezweckt ja auch den Schutz des Käufers[2]. Insoweit wird durch die Systematik der Regelungsvorlagen die eingangs aufgestellte

---

1) Das Handelsrecht war nur noch partiell als Recht eines besonderen Berufsstandes konzipiert; als abstraktes auf die Handelsfunktion zugeschnittenes Recht fing es die besondere ökonomische Problemlage der beginnenden Industrialisierung ein, vgl. Wieacker, Industriegesellschaft, S. 14 f. und Blasius, S. 21.

2) Bestätigend Schmidt, S. 26 :
"Das besondere Schuldrecht des HGB ist vom Unternehmer, nicht vom Verbraucher her gedacht. Ein Konsumentenschutzrecht, wie es der Rechtspolitik unserer Tage am Herzen liegt, ist ihm fremd".

These von der Notstandsgesetzgebung der aufstrebenden Unternehmerschaft, die über einen umsatzfreundlichen rechtlichen Ordnungsrahmen den Absatz und Vertrieb ihrer Produkte festigte , voll und ganz bestätigt[1]. Sein Erfolg wurde für diese Kreise durch die Aufnahme ins BGB endgültig anerkannt[2].

III. Das in den Vorlagen sich ausdrückende Wirtschafts- und Sozialmodell

Wenn man sich die Aufgabe setzt, die Regelungsvorlagen den gesellschaftspolitischen Strömungen des auslaufenden 19. Jahrhunderts zuzuordnen, so kann eine Bewertung nie der Kritik standhalten, die jeweils aus unterschiedlichen politischen Blickwinkeln gegen sie gerichtet wird. Die Einordnung in eine wirtschaftsideengeschichtliche Richtung oder gar in eine "ideologische Schublade" kann deshalb letztlich nur den Sinn haben, als Diskussionsgrundlage für eine kritische Überprüfung zu dienen. Nur aus der Subjektivität des Verfassers läßt sich die folgende, abschließende Wertung rechtfertigen, die ganz bewußt ex post

---

1) "Es kann nicht verwundern, daß ein so beschaffenes Handelsgesetzbuch seiner Pionierrolle vorbildlich gerecht wurde. Zahlreiche Einzelstaaten machten sich seine integrierende Wirkung dadurch zunutze, daß ihre Einführungsgesetze ADHGB-Regeln auch dann für anwendbar erklärten, wenn keine Kaufleute beteiligt waren", Schmidt, S. 28 und vgl. dazu auch Wieacker, aaO. Eine Würdigung der partikularen Einführungsgesetze zum ADHGB findet sich bei Raisch, Abgrenzung, S. 133.

2) Wenn man es zuspitzen will, beruht mit Wieacker das soziale Modell, das sich hinter der Systematik verbirgt, "auf der Usurpation einer einzigen Klasse der Wirtschaftsgesellschaft; es machte das 'besitzende Bürgertum' zum vornehmlichen Repräsentanten der nationalen Rechtsordnungen, und konnte dies notwendig nur auf Kosten anderer Klassen und Berufsstände tun. ... die formalen Ideale der bürgerlichen Rechtsordnung waren genau auf die Erfordernisse der expansiven, unternehmungsfreudigen und kapitalstarken Pioniere der industriellen Revolution zugeschnitten...", vgl. Wieacker, aaO., S. 16 f.

zu erfolgen hat; der Versuch, die Regelungsvorlagen aus der Zeit ihrer Kodifikation zu verstehen, wurde zuvor bereits bei der einzelnen Erörterung gemacht.

Durchaus im Zusammenhang mit der Verwirklichung der allgemeinen Vertragsfreiheit beseitigten die meisten Vorlagen aus dem Vierten Buch des ADHGB Hindernisse, die dem freien Warenaustausch im Wege standen[1]. Ihn galt es mit gezielten gesetzlichen Ordnungselementen zu beschleunigen und möglichst störungsfrei und unanfechtbar zu beenden. Dabei erscheint der Verkehrsschutz als der Wert, dem letztlich alles zu dienen hatte und unterzuordnen war. Dessen merkantiles Anliegen - den Vermögensverkehr zu schützen - beherrschte das Vermögensrecht[2]. Diese Einschätzung bezeugen die von prozessualen Hindernissen bereinigte Formfreiheit und der faktisch vorverlegte Vertragsabschluß für den Antragenden über seine für verbindlich erklärte Offerte in der Distanz. Das zugegangene Angebot begründete für den Empfänger eine "befristete Anwartschaft" auf den schuldrechtlichen Vertragsabschluß; sie konnte von der Angebotsseite her bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen, hypothetischen Antwort nicht zerstört werden. Eine Erleichterung für Geld- und Warenumsatz schuf auch die Möglichkeiten, den Vertrag arbeitsteilig, über die Person eines Stellvertreters, zustande zu bringen sowie die Gelegenheit, die Geldschuld arbeitsteilig, über die Vorlage einer Quittung, an jede Person erfüllen zu dürfen. Indem das Gesetz ausdrücklich

---

1) In den älteren Wirtschaftsordnungen war "nicht Ertragssteigerung, nicht Entwicklung ergiebigerer Arbeitsmethoden die Parole, sondern strengste Erhaltung der gewohnten Arbeitsformen. Alles frühere Recht war verkehrsfeindlich. Arbeitsteilung und Tausch stießen auf den denkbar größten inneren Widerstand", Böhm, S. 22.

2) Vgl. dazu Oertmann, S. 25 ff., 31 f., 37 f., 44 und 46. Coing, S. 1o9: "Das marktwirtschaftliche System setzt ungehinderte Umlauffähigkeit voraus. Damit ist eine rechtspolitische Forderung aufgestellt, die im 19. Jahrhundert schlagwortartig als 'Schutz der Verkehrsinteressen' gekennzeichnet wurde. Man verstand darunter, daß unter Umständen das Vertrauen Dritter auf äußeren Rechtsschein, auf formale Legitimation stärker geschützt werden mußte als die Rechte der wahren Berechtigten".

den Inhalt des Vertrags für auslegungsfähig erklärte, gelangte man zu einem erhöhten Bestandsschutz des abgeschlossenen Vertrags. Bei Unklarheiten über den Umfang der Verbindlichkeit ermöglichte diese Eigenschaft die flexible Anpassung bis zur Grenze des Dissens. Den Ausgangspunkt für die Auslegung bildete dabei aber nicht der subjektive Wille, wie es nach § 133 den Anschein haben könnte, sondern der objektive Erklärungswert, § 157, der sich am Verkehr orientiert. Nur in dem Rahmen, der sich daraus ergab, war der subjektive Willen des Erklärenden von Bedeutung[1]. Die Umlaufgeschwindigkeit des Geldes wurde dadurch beflügelt, daß man die Geldschuld materiell als Bringschuld ausgestaltete. Der Gläubiger konnte in abwartender Haltung verharren und dem Eingang der Valuta entgegensehen, ohne, mit viel Müh und Kosten verbunden, den Betrag beim Schuldner einkassieren zu müssen. Diese für den Geldgläubiger günstige Lösung ermöglichte den schnellen Eingang des Geldes, der generell dazu geeignet ist, den Impuls für neue Geschäfte zu setzen. In Ergänzung dazu erinnerte die allgemeine Regel der Leistungszeit die Vertragspartner daran, den Geld- und Warenumsatz zu beschleunigen. Beim Verzug des Schuldners erleichterte die scharfe Befugnis, Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt zu wählen, das Geschäft zu zerschneiden. Der Gläubiger bekam dadurch seine vertraglich gebundenen Mittel und Gegenstände frei, um so den Geld- oder Güterumschlag nach dem Ablauf einer Frist mit einer Position mehr bereichern zu können. Ohne Fristablauf konnte der Gläubiger zu diesem Ziel gelangen, wenn er einen Fixhandelskauf vereinbarte, um allein aus der für den Schuldner erkennbar gemachten Dominanz des Zeitpunkts selbstätig vom Vertrag loszukommen. Nach dem geplatzten Termin wurde es dem Gläubiger ermöglicht, unverzüglich mit seiner gesamten vermögensrechtlichen Handlungsbreite von neuem in den Güterumschlag einzusteigen. Den gleichen Effekt erzielte man beim Kauf auf

---

1) Vgl. v. Tuhr, S. 534 ff., 537 ff. und 545 ff.; Dahm, S. 46o f.

Probe, indem das Schweigen des Käufers prinzipiell als Ablehnung eingestuft wurde. Auch mit dieser Fiktion wurde das Kaufobjekt von der vormaligen Verbindlichkeit befreit. Der Verkäufer konnte es erneut anbieten. Trotz der Wahlrechte des Gläubigers im Falle des Verzugs und der Automatik des Fixgeschäfts, die die Absage ans Erfüllungsprinzip zum Höhepunkt steigerte, hielt man bei der Vertragsstrafe zur Sicherung geregelter Tausch- und Wettbewerbsabläufe konsequent daran fest. Es galt das Interesse des Gläubigers und damit das Vertrauen des Verkehrs an der Erfüllung des Schuldners zu erhalten; dieser durfte sich nicht durch Bezahlung der Strafe von seiner vertraglichen Verpflichtung freikaufen. Sie wurde nicht als pauschalierter Schadensersatz bewertet. Das gesamte Interesse des Gläubigers blieb geschützt. Die Vertragsstrafe wandelte sich endgültig dahin, die Gläubigermacht unumschränkt durchzusetzen, um durchaus auch als unmittelbare und scharfe Sanktion in einer Wettbewerbsgesellschaft zu dienen. Ohne Zweifel erhöhte eine derartige Auffassung der Vertragsstrafe - gesetzt den Fall sie wurde vereinbart - die Abschlußfreudigkeit desjenigen, den die Strafe zu schützen bezweckte. Auch die Regelung des Versendungskaufs hatte den sich rasch abwickelnden Verkehr im Auge. Mit ihr wurden die Verkäufe über die Distanz gefördert. Die einseitige Abwälzung der Gefahr auf den Käufer war ein umsatzbeschleunigendes Zugeständnis an Produzent und Verkäufer. Deren Bereitschaft, die Ware zu versenden, stand kein Hindernis mehr im Wege, selbst wenn die Veräußererseite aus Gründen der Kulanz die Kosten der Versendung übernahm. In dieselbe Kerbe, das Kaufrecht möglichst verkaufsfreundlich und verkehrsfreundlich zu gestalten, schlug die durch die kurze Verjährung erzielte schnelle Konsistenz des Kaufs gegenüber dem Risiko der Gewährleistung, das von der Erwerberseite drohte. In die gestreckte Handelskette über Zwischenhändler kehrte rasch der Rechtsfrieden ein, so daß die Veräußerer ihre geschäftliche Energie ungestört in neue Umsatzgeschäfte einbringen konnten. Als krönender Abschluß des Verkehrsschutzes muß der redliche Erwerb an Fahrnis eingestuft

werden. In dieser gesetzgeberischen Entscheidung offenbart sich am deutlichsten der Primat des Güterumlaufs, eines funktionierenden Warenaustausches gegenüber dem an sich Berechtigten, dem individuellen Eigentümer. Die Erlaubnis, bewegliche Gegenstände vom Nichtberechtigten gutgläubig erwerben zu können, erfüllte eine Grundvoraussetzung für die Entfesselung der Wirtschaftsgesellschaft in der Industriellen Revolution: "die unbeschränkte Mobilisierung des Eigentums und der Produktionsmittel, d.h. seine unbeschränkte Konvertibilität in mobiles Kapital"[1]. All diese Normen sind wesentlicher Bestandteil unserer "Kontraktgesellschaft" (Max Weber) geworden. Sie setzen ein ausreichendes Güterangebot, Geld als Zirkulationsmittel und Märkte als Koordinatoren von Angebot und Nachfrage inzident voraus.

Wenn man all jene Normen, die im vorangegangenen Abschnitt unter die dominierende Verkehrstauglichkeit eingeordnet wurden, durchaus auch als "kapitalistische"[2] qualifizieren kann, stechen in diesem Sinne jene noch stärker hervor, die vordergründig der rücksichtslosen Gewinnmaximierung dienten oder aus ihr den entscheidenden Impuls bezogen. Erwähnen muß man in diesem Zusammenhang das Wahlrecht des Gläubigers nach den Leistungsstörungen und das Wahlrecht des Dritten gegenüber dem Vertreter ohne Vertreungsmacht. Die wirtschaftliche Gesamtlage berücksichtigend, verblieb dem Berechtigten die Option, um noch den maximalen Gewinn zu erwirtschaften. Ein für den Schuldner zu einschneidendes Ergebnis versuchte man bei der Leistungsstörung über das Erfordernis der Fristsetzung abzumildern, zugunsten des falsus procurators fehlte im ADHGB dagegen das Korrektiv, das wir heute im § 179 Abs. 2 und 3 haben. Auch das Recht auf den entgangenen Gewinn wurde im Vergleich zu § 252 nicht durch eine Wahrscheinlichkeitskontrolle begrenzt. Mit

1) Wieacker, Industriegesellschaft, S. 6o.
2) Obwohl der Begriff Kapitalismus vielfach überstrapaziert wird, ist er dennoch geeignet, ein einigermaßen wirklichkeitsgerechtes wenn auch simplifiziertes und vergröbertes Bild von realtypischen Bezügen des Wirtschaftsstils der Neuzeit gegenüber vorangegangenen Epochen zu geben.

dem entgangenen Gewinn, der im ökonomischen Fortschrittsglauben über eine größtmögliche Kapitalansammlung eine Ursache hat, verwirklichte sich vollständig unsere heute für selbstverständlich erachtete Objektivierung des allgemeinen Schadensrechts, das nicht nur im Bereich der Fahrlässigkeit, sondern auch bei der haftungsausfüllenden Kausalität auf den Ersatz des gesamten vermögenswerten Gegenstandes abzielt[1]. Unsere abstrakte Schadensberechnung empfing somit den maßgeblichen Impuls aus der durch die industrielle Entwicklung verursachten Tendenz nach Gewinnmaximierung, aber auch aus dem Streben nach Rationalisierung und Typisierung.

Allen bisher angesprochenen Gesetz gewordenen Gedanken könnte man auch das Attribut "liberal" oder gar "liberalistisch" anheften. Erst der extreme Wirtschaftsliberalismus der Manchesterschule schuf die Bedingungen für den Hochkapitalismus. Das freie Spiel der Kräfte entfaltete sich ökonomisch in den Bahnen des entfesselten Waren- und Geldverkehrs. Der über ihn erwirtschaftete, im Prinzip unbegrenzte Gewinn ist nur die legitime Prämie, die die materielle Basis für Investitionen und damit den wirtschaftlichen Fortschritt liefern soll. Jedem Einzelnen mußten deshalb von Gesetzes wegen die Früchte seiner Leistung vollständig zugute kommen.

Aber auch das Erfordernis der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung beim Verzug ist ein ins Auge springendes Resultat liberaler Forderungen. Sie verdrängte die staatliche Aufsicht in Gestalt der richterlichen Mitwirkung; der Eingriff des Richters in den Willen des Gläubigers wurde als Sakrileg gegen Willensfreiheit und Privatautonomie aufgefaßt. Die Kraft des Absolutismus mit der wirtschaftlichen Allgewalt staatlicher Bevormundung wurde auch hier gebrochen.

---

1) Lange, S. 33 f.: "Materialismus und Individualismus führen so dazu, daß das schädigende Ereignis zum Geschäft für den Geschädigten wird, daß dieser auf Kosten des Schädigers einen Gewinn verwirklicht, der möglich, aber nicht sicher war".

Das Bedürfnis einer hochspezialisierten, durchrationalisierten Wirtschaftsgesellschaft nach optimaler Voraussehbarkeit der Rechtswirkungen kommt auch bei jenen Regelungsvorlagen zum Ausdruck, die als technisch-ordnende zu bewerten sind. Zu ihnen gehören die Fristberechnung, die abgestufte Festlegung des Erfüllungsortes und die Legaldefinition des Marktpreises. Trotz ihres überwiegend wertfreien Gehalts bildeten auch diese Normen einen Schlüssel für die Entfaltung des Freiheitsbedürfnisses der neuen Wirtschaftsgesellschaft.

Allen bis jetzt gewürdigten Vorlagen liegt das Ideal der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts zugrunde, das Ideal einer Gesellschaft rechtlich freier, gleichbleibender Individuen, die miteinander im Wettstreit liegen und dadurch die Bedingungen und Voraussetzungen des gesellschaftlichen Fortschritts schaffen[1]. Die gesellschaftliche Realität des 19. Jahrhunderts strafte dieses Ideal in weiten und wichtigen Bereichen, wie z.B. dem Arbeits- und Kartellrecht, Lügen.

Überwiegend in Gestalt einer Spielraumerweiterung und Spielraumbefreiung sind alle Regelungsvorlagen des Vierten Buchs mit ihrer Rezeption ins BGB der wirtschaftlichen Kräfteentfesselung dienstbar gemacht worden, für die sie ein wichtiger Antriebsfaktor bildeten. Sie änderten die rechtlichen Rahmenbedingungen, "die bis dahin Wettbewerb, Markt und industriell-kapitalistische Produktion behindert hatten. Das bürgerliche Recht löste sich von ... traditionellen, korporativen Zügen; Kapitalgüter, Industrie, individualistisches Verhalten wurden wichtiger"[2]. Obwohl die Vorlagen aus dem ADHGB zunächst nur

---

1) Vgl. Wieacker, Industriegesellschaft, S. 24; ders. Privatrechtsgeschichte, S. 375 f. und 44o ff.
Zum Verhältnis Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung ausführlich Steindl.

2) Nipperdey, S. 2o2.

zum Kaufmann den unmittelbaren Bezug hatten, ließ sich in ihrem Kielwasser dessen nach Profit und wirtschaftlicher Macht strebendes Ideal mit Selbstverständnis auf alle Rechtsgenossen ausdehnen. So wurden auch wir, am deutlichsten im Schuldrecht des BGB, zum "homo oeconomicus" gemacht, der unerbittlich seine Interessen verfolgt[1]. Das ADHGB hat dazu mit all den aufgezählten Paragraphen seinen Teil beigetragen und gesetzesgeschichtlich ganz entscheidend die Feudal- und Privilegiengesellschaft in unsere aktuelle Privatrechtsgesellschaft umgewandelt.

---

1) Vgl. Engisch, S. 31 f.

Lebenslauf

Am 9. April 1954 wurde ich als zweiter Sohn des Bau-Ingenieurs Hans Hauser und seiner Ehefrau Irmgard in Tuttlingen geboren.

Ich besuchte von 1961 bis 1973 Grundschule und Gymnasium in Tuttlingen. Nach dem Abitur immatrikulierte ich mich zum Wintersemester 73/74 an der Juristischen Fakultät sowie an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen. Um meine Sprachkenntnisse zu vertiefen, setzte ich meine Studien im fünften und sechsten Semester an der Universität Lausanne fort. Im November 1979 beendete ich mein Studium mit der Ersten juristischen Staatsprüfung in Tübingen. Im folgenden Monat wurde ich von Prof. Dr. Nörr als Doktorand angenommen.

Ab Februar 198o begann ich mit dem juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht Tübingen. Ihn schloß ich im Juli 1982 mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung ab. Während meiner Referendarzeit und darüberhinaus war ich als Assistent am Juristischen Seminar der Universität Tübingen und bei Frau Privatdozent Dr. Schlüchter beschäftigt.

Seit Mai 1984 bin ich als Referent beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg in Stuttgart tätig.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.